

REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA



2021

Vol. 15 No. 1

CONSEJO DIRECTIVO Y CIENTÍFICO

DIRECTORES:

Carlos R. Fernández Liesa
Universidad Carlos III de Madrid

Cástor M. Díaz Barrado
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUBDIRECTORA:

Anna Badia Martí
Universitat de Barcelona

SECRETARÍA ACADÉMICA:

José Manuel Azcona Pastor
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Jorge Urbaneja Cillán
Universidad de Alicante

COORDINADORA:

Diana M. Verdiales López
Universidad Rey Juan Carlos

COMITÉ CIENTÍFICO:

Francisco Aldecoa Luzárraga, Universidad Complutense de Madrid
Celeste Pino Canales, Universidad de La Habana (Cuba)
Ana Idalia Castellanos Khouri, Embajadora Cancillería (República Dominicana)
Fernando Dos Reis Condesso, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)
Romualdo Bermejo García, Universidad de León
Francisco José Piñón, Universidad de Congreso (Argentina)
Miryam Colacrai, Universidad Nacional de San Martín y Universidad Nacional de Rosario (Argentina)
João Abreu de Faria Bilhim, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)
Rafael Caldach Cervera, Universidad Complutense de Madrid
Celestino del Arenal Moyua, Universidad Complutense de Madrid
Cesáreo Gutiérrez Espada, Universidad de Murcia
Véronique Champeil-Desplats, Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense (Francia)
Felipe González, Universidad Diego Portales (Chile),
Magda Yadira, Universidad de Monterrey (México)
Carlos Molina, Universidad de Medellín (Colombia)
Montserrat Huguet, Universidad Carlos III de Madrid
Francesco Seatzu, Universidad de Cagliari (Italia)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Antonio Pastor Palomar, Vicente Garrido Rebolledo, María de los Ángeles Cano Linares, Pilar Trinidad Núñez, M^a Sagrario Morán Blanco, Beatriz Barreiro Carril, Elena C. Díaz Galán, Daniel Oliva Martínez, Mercedes Guinea Llorente, Cristina Pérez Rico, Ana Manero Salvador, Diana M. Verdiales López

REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

REIB

Vol. 15 No. 1

2021

Junio

La Revista Electrónica Iberoamericana REIB se encuentra indexada en LATINDEX y en las bases de datos ISOC, DICE y La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), por sus contenidos de alta calidad científica sobre la realidad iberoamericana y en el contexto de las Ciencias Sociales y Jurídicas.

Edición: Centro de Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos y el Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.

Diseño: Centro de Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos.

ISSN: 1988-0618

CENTRO DE ESTUDIOS DE IBEROAMERICA
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
C/TULIPAN S/N, MÓSTOLES, MADRID

ÍNDICE

I. EDITORIAL REIB	7
II. TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:.....	10
EL MOMENTO DEL ARBITRAJE EN EL MUNDO IBEROAMERICANO	11
Luis Martí Mingarro Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.	
III. ARTÍCULOS Y NOTAS	16
EL IMPACTO DEL COVID EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE.....	17
Paloma Duran y Lalaguna. <i>Universidad Jaume I.</i>	
TENDENCIAS ACTUALES PARA LA ATRACCION DE INVERSIONES EXTRANJERAS - CASO BOLIVIA.....	43
Jorge Alberto Lizárraga Torrico <i>Universidad Rey Juan Carlos</i>	
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD AMERICANO EN EUROPA	75
Gabriel Alejandro Ramos Zantalla <i>Universidad Carlos III de Madrid</i>	
SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS DE APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO IBEROAMERICANO..	108
Ernesto Rey Cantor <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	
LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS COERCITIVAS CONTRA LA REPÚBLICA DE CUBA POR LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA CRISIS DE LOS MISILES DE 1962	141
Yoelsy Pérez Bernal <i>Universidad Rey Juan Carlos</i>	
VACÍOS Y AUSENCIAS QUE DAN ORIGEN AL SISTEMA EDUCATIVO INDIGENA PROPIO (SEIP) EN COLOMBIA.....	169
María Elena Tobar Gutiérrez <i>Universidad de la Sabana, Colombia</i>	
IV. RECENSIONES.....	189
GÓMEZ PRIETO, Julia, <i>Balmaseda en América</i> , Ayuntamiento de Balmaseda, 2019. 190 José Manuel Azcona <i>Universidad Rey Juan Carlos</i>	

ALEXANDER SUNGUROV, CARLOS RAMÓN FERNÁNDEZ LIESA, MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, MARÍA CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA, OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Editors), *Current Issues on Human Rights*, Madrid, Dykinson, 2019, 339 págs..... 192

Jesús Pérez Mora
Universidad Carlos III de Madrid

BLANC ALTEMIR, A. (dir.), *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2020, 395 pp. 197

Ana Manero Salvador
Universidad Carlos III de Madrid.

MORÁN BLANCO, Sagrario, *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe: La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 381 páginas 199

Vicente Garrido Rebolledo
Universidad Rey Juan Carlos.

V. CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA 206

Harold Bertot Triana 206

VI. DOCUMENTACIÓN: 241

Antonio Pastor Palomar
Universidad Rey Juan Carlos

- Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. 241
- Compromiso de Andorra sobre Innovación para el Desarrollo Sostenible. XXVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO DE ANDORRA, 21 de abril de 2021. 241
- DECLARACIÓN DE ANDORRA Innovación para el Desarrollo Sostenible – Objetivo 2030. Iberoamérica frente al reto del Coronavirus. XXVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO DE ANDORRA, 21 de abril de 2021. 241

I. EDITORIAL

I. EDITORIAL REIB

DEMOCRACIA Y PANDEMIA EN AMÉRICA LATINA

Una de las principales preocupaciones que se suscitaron al inicio de la pandemia de la Covid-19 fue su eventual repercusión en los sistemas democráticos y en el respeto de la institucionalidad en los Estados. Esto aconteció también en América Latina y se dejó sentir en todo el continente americano. Las sospechas de que la pandemia sirviera de excusa para debilitar los mecanismos de control democráticos y que los gobiernos se aprovecharan de la grave situación sanitaria para asegurarse el poder más allá de lo dispuesto en las normas internas, realmente, no eran infundadas. El debido temor a que la democracia se viera perjudicada por los efectos de la pandemia se expresó, con toda nitidez, por lo que se refiere a los procesos electorales. Desde luego, garantizar la limpieza, y transparencia de las elecciones de todo tipo se constituirá en una de las claves en tiempos de pandemia. Por ello, la OEA publicó en julio de 2020 una “Guía para organizar elecciones en tiempos de pandemia” en la que se abordan de temas de gran interés como la decisión de postergar o celebrar elecciones y en la que se detallan muchos aspectos que deben asegurar la celebración de las elecciones en el continente americano con todas las garantías. Lo cierto es que, desde comienzos del año 2020 hasta ahora, un año y medio después, han tenido lugar distintos procesos electorales en América Latina y el Caribe y que se pueden obtener algunas conclusiones:

La primera es que no se puede decir que la democracia se haya debilitado en América como consecuencia de la pandemia. En otras palabras, los componentes de fragilidad que pueden expresar los regímenes democráticos en el continente y, en particular, en América Latina y el Caribe no se debe a la situación de emergencia sanitaria en la que se encuentra el planeta ni tampoco se han socavado los cimientos de los sistemas democráticos. Es probable que la gestión de los asuntos públicos se haya visto muy afectada por las consecuencias de la pandemia pero, en modo alguno, los Estados de la región han perdido la condición democrática o han disminuido los aspectos democráticos que los definen en función de la pandemia. A pesar de lo que se podría esperar, la pandemia no ha sido utilizada, por regla general, como un pretexto o

coartada para rebajar los controles democráticos. Las distintas elecciones que han tenido lugar así lo atestiguan. Este es el caso de lo sucedido en las elecciones presidenciales en República Dominicana, Ecuador o Perú. En estos casos, se ha producido la llegada al poder de líderes que no formaban parte de los gobiernos bajo cuyo mandato se convocaron los comicios y, en realidad, en todos estos supuestos se han producido vuelcos en términos políticos.

La segunda es más discutida y quedaría expresada en el sentido de que, en la generalidad de los casos, la gestión de la pandemia no ha pasado factura a los gobiernos que se encuentran en el poder. Las reflexiones que se vienen haciendo en la línea de que el Gobierno brasileño de Jair Bolsonaro se verá gravemente dañado en términos electorales por el modo en el que ha dado respuesta a la pandemia no deja de ser, por hora, sino simples elucubraciones. Habrá que esperar a las elecciones presidenciales que tengan lugar en Brasil para comprobar si la crisis sanitaria y las respuestas que ha dado el gobierno carioca provocarán o no la salida del poder del Presidente brasileño. A nuestro juicio, por mucho que se quiera lo contrario, las decisiones de la ciudadanía latinoamericana en los procesos electorales que han ocurrido en tiempo de pandemia se deben a otras razones y, en la mayoría de los casos, al hartazgo de la población con determinadas líneas ideológicas o con la trayectoria de los gobiernos que estaban en el poder y que han sido desplazados por nuevos líderes políticos. Así ha sucedido en República Dominicana con el triunfo de Luis Abinader que pone fin, con todos los matices que se quiera, al dominio del Partido de la Liberación Dominicana. En buena medida, esto tuvo lugar también en Ecuador con la victoria de Guillermo Lasso que cortó el paso a los seguidores de Rafael Correa. Quizá es pronto para hacer un balance exacto de la repercusión que la crisis sanitaria y, sobre todo, la administración política de la misma, pueda tener sobre los resultados electorales. Pero, en todo caso, nada asegura que la pandemia esté entre las causas primordiales que provoquen cambios en el gobierno por lo que priman otras razones.

Todo esto no significa que se deba bajar la guardia en la labor de vigilar el respeto de las normas y garantías democráticas en tiempo de pandemia. Los Estados de América Latina son conscientes de que las consecuencias de la pandemia pueden concernir a aspectos de la institucionalidad en la región y por este motivo han acogido las recomendaciones que ha proporcionado la OEA, en especial, en el campo de la organización de los procesos electorales. La democracia es uno de los pilares de la

Organización hemisférica y también una de las columnas que conforman la realidad política de la mayoría de los Estados de América Latina y el Caribe. Desde ahí, se deben extremar las medidas que garanticen unas elecciones limpias y transparentes. Como lo indicó el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, hay que tener en cuenta que “las secuelas de la pandemia, las altas posibilidades de contagio con la interacción humana, el riesgo de muerte, la aplicación de las medidas restrictivas, ponen serias dificultades en la organización de los procesos comiciales, por lo que deben analizarse alternativas democráticas para que no se vea lesionada la legitimidad de origen de los gobernantes, las transiciones democráticas, la alternancia de sus autoridades y la duración de los períodos de gobierno”.

II. TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:

EL MOMENTO DEL ARBITRAJE EN EL MUNDO IBEROAMERICANO

Luis Martí Mingarro

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

En el ámbito jurídico y empresarial del mundo iberoamericano se ha venido apostando decididamente por el arbitraje. La convulsión global de la pandemia Covid-19 arrastra vidas y exige un esfuerzo colectivo para reponer la salud pública de nuestros países; pero como al hilo de ello el sismo sanitario ha generado réplicas gravísimas que han afectado y afectan a la estructura social y a la economía que la sostiene, parece oportuno centrar nuestra atención sobre la hora actual del arbitraje en el espacio de las naciones iberoamericanas.

Primero de todo no olvidemos el largo camino seguido para abrir un horizonte limpio y despejado para el arbitraje. Los ordenamientos jurídicos de nuestros países, comúnmente enraizados en el derecho continental, claro que incorporaban el arbitraje a sus ordenamientos legales. Era una incorporación precaria, que apenas pasaba de la mención en los textos legales y que tenía muy poca vida en el campo social y económico.

Los arbitrajes más significativos tenían altas resonancias y se referían a cuestiones fronterizas, de límites territoriales o de interés estratégico de nuestros países.

En general el arbitraje, como solución de conflictos comerciales o civiles, ha vivido hasta muy avanzado el siglo XX en un clima de desconfianza generada desde los aparatos de justicia de nuestros países, que creían ver en los laudos una competencia poco apropiada, chocante con el poder, la naturaleza jurídica y la organización jurisdiccional. Así, era frecuente defender las soberanías a base de denegar los exequatur. Además, el arbitraje, muchas veces referido a grandes operaciones internacionales, despertaba en ocasiones recelos nacionalistas y sensibilidades sociales.

En la hora actual prácticamente todos los países de la comunidad iberoamericana tienen ya sus leyes internas acomodadas a las pautas y modelos internacionales, y el

arbitraje, como solución de conflictos está generalmente asumido por los poderes públicos, la sociedad y los operadores económicos y jurídicos. Ha tomado carta de naturaleza en la práctica de las economías nacionales y de su tráfico transnacional.

Sin embargo, una vez integrado el arbitraje como solución de conflictos en el normal tráfico jurídico, siguen existiendo no pocas dificultades para su avance.

Salvo en los casos de arbitrajes ad hoc, en general el arbitraje se administra por instituciones dedicadas a ello, muchas veces transnacionales, y que desarrollan su función con fuerte implantación y gran calidad. Pero junto a resultados que se corresponden con su altísimo nivel técnico y operacional, estas instituciones arbitrales tan consagradas han dado lugar a un cierto encapsulamiento en el superior rango de los conflictos que se someten a su arbitraje, subrayado todo ello por costes muy significativos acordes con el alto porte de esa clase de tramitaciones.

La comunidad jurídica de cada uno de nuestros países, y el conjunto de todos ellos, hemos de ser conscientes de que se hace necesario contener el constante incremento de los costos de los arbitrajes; corregir la excesiva demora de las tramitaciones arbitrales; evitar el encasillamiento de sus protagonistas; y simplificar la extraordinaria complejidad que van alcanzando sus tramitaciones, cada vez más permeables a usos y costumbres de otros ámbitos jurídicos, que no siempre son trasladables al nuestro.

No hace tanto que el comercio internacional dependía de la libertad de los mares tutelada por las grandes potencias y de la capacidad de expansión de las economías más poderosas en cuyas manos estaba en general el tráfico mercantil. Ese poderío también ponía en manos de sus propios sistemas de arbitraje la solución de las controversias.

La hora presente es muy distinta. Nos hemos pasado algunos decenios debatiendo si la globalización era o no cosa buena y deseable. Ahora el hecho global no da lugar a discusión y no nos queda sino afrontarlo y defender en él los valores de nuestra civilización y cultura comunes, porque los operadores de comercio internacional, queriendo o sin querer, son ya casi todos los que producen, compran o venden. El mundo no ha perdido sus consolidadas fronteras nacionales, pero esas fronteras tienen ahora significados diferentes. Para el comercio ya no son valladares insalvables.

El arbitraje hace acto de presencia en esa realidad global con una expresiva rotundidad, pues quienes asumen el riesgo de ser empresarios, para fabricar, construir, comprar o vender necesitan un horizonte claro y limpio para solucionar sus posibles conflictos. Y cuando surja un problema no quieren discutir por años si la competencia es de uno u otro país y si la sentencia jurisdiccional dictada luego de esa disputa, va a ser o no ejecutable. El arbitraje enfrenta a las partes, por su propia voluntad, con la solución directa y ejecutiva del conflicto que pudiera surgir entre ellos. Por eso se viene desarrollando, inexorablemente, la cultura del arbitraje.

En Iberoamérica esa cultura del arbitraje está esencialmente basada en los trazos generales que han quedado descritos, pero también en la necesidad de acomodar ese acto de potente ejercicio de la autonomía de la voluntad a nuestra manera de ver el derecho. Hemos de evitar la invasión de nuestro espacio jurídico que se produce con los arbitrajes impregnados del espíritu y las formas del common law, porque ello produce una conmoción en nuestro quehacer jurídico que no siempre respeta nuestra manera de ver las cosas. La internacionalización de nuestro propio derecho no nos puede llevar a transformarlo en algo que nos sea tan ajeno que ni siquiera sirva como verdadero cauce para la solución del conflicto.

En Iberoamérica a través del arbitraje, en nuestras lenguas español y portugués y con nuestro derecho vemos la ocasión de que triunfe la voluntad de las partes y que sea esa voluntad y ese consenso los que generen la solución del conflicto y, por ende, generen la paz social.

Cuando las partes de un contrato pactan el arbitraje como forma de resolver los conflictos que pudieran surgir en su desarrollo y ejecución, están ensanchando y fortificando su propio espacio de libertad. Un espacio de libertad que, hace ya más de dos siglos, en la Constitución de Cádiz proclamaba en su artículo 280 el derecho de las partes a terminar sus diferencias mediante arbitraje.

En la medida en que poco después de la Constitución de Cádiz se emanciparon las naciones iberoamericanas, aquel precepto, que había nacido para los “españoles de ambos hemisferios”, quedó vigente, como marca de nuestra cultura jurídica para los nacionales de cada una de las patrias de ambos hemisferios.

A veces se llega a reprochar al arbitraje que comporta la renuncia a un derecho fundamental cual es el derecho a la tutela judicial efectiva. La doctrina y la

jurisprudencia han establecido con toda claridad que el arbitraje, como ejercicio de la libertad contractual no erosiona el ámbito irrenunciable del derecho fundamental de acceso a la justicia, porque en lo que éste pudiera estar en cuestión por un laudo arbitral, siempre queda el acceso a la justicia a través de las acciones de nulidad, cualquiera que sea su denominación.

Nuestro Tribunal Constitucional en una recientísima sentencia de 15 de febrero del año en curso (S. 17/2021) ha señalado que la institución arbitral es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales, lo que implica el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 10 de la Constitución Española. El convenio arbitral sustrae a la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias, defiere a los árbitros su conocimiento y solución y ello queda desde entonces vedado a la jurisdicción.

La posible revisión jurisdiccional tiene por tanto un contenido muy limitado, no es una segunda instancia y sólo puede fundarse en las causas tasadas por la ley siendo rechazable el sentido expansivo que a veces ha querido dar la jurisdicción al concepto de orden público para, a través de esa expansión, extender el re-enjuiciamiento de lo resuelto en sede arbitral.

Entre nosotros, de la mano de algunas resoluciones de recursos de nulidad, y también en Iberoamérica, se venían presentando fricciones ocasionales, pero muy explícitas, de convivencia normativa entre Constitución y arbitraje. Hoy día, aunque no hayan terminado esas fricciones, puede entenderse ya muy despejado el camino, como, en el caso español, lo muestra la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada.

Los estudiosos han contemplado ese fenómeno de la normalización del arbitraje en Iberoamérica como una superación de una situación previa de cierta “hostilidad”.

Hay, claro está, excepciones que son atribuibles en general a los rebrotes que al amparo de radicalismos sociales recuperan los “patriotismos jurídicos”.

De esos “patriotismos jurisdiccionales” había y hay algunos ejemplos, que en el ámbito iberoamericano resultan, a veces, más explícitos. En general son fenómenos de sentido proteccionista, quizás porque sus operadores y sus economías sienten cierta orfandad frente a expansionismos foráneos más poderosos. Países que fueron exportadores de materias primas y monocultivos económicos están ahora necesitados de inversión extranjera y preocupados por el poderío dominante de los inversionistas.

Pero ya se vienen superando esas prevenciones. En general puede decirse que el marco normativo del arbitraje no es invasivo, puesto que a partir de la Ley Modelo (UNCITRAL. 2106/1985) y de las Leyes Nacionales, pues lo verdaderamente imperativo no es otra cosa que la contundencia de la voluntad de las partes de someter la solución de la controversia a arbitraje bajo los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas que recogen todas las leyes de arbitraje de cada uno de nuestros países.

Esa claridad queda a veces difuminada por la existencia de un llamado soft law medio “codificado” que pretende ser “indicativo” y que a mi juicio no puede crear la sombra “regulatoria” de un derecho que no lo es por carecer de la imperatividad esencial de las normas jurídicas.

Para resolver conflictos en derecho ha de aplicarse éste. Y sus parámetros de interpretación contienen suficientes elementos de corrección del *summum ius summa iniuria* como para no tener que recurrir al “cuasi derecho”, sospechoso de la existencia “cuasi poderes” normativos no sujetos a control.

A partir de todas estas convicciones las organizaciones profesionales de juristas y empresarios de Iberoamérica han desarrollado a lo largo de los años la creación del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR). A través de la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en las Cumbres Iberoamericana han apoyado esta iniciativa de la sociedad civil que a su vez cuenta con el respaldo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). El CIAR concurre con fuerza y con vigor para poner a disposición de los operadores iberoamericanos un arbitraje asequible en lo económico, entendible en el lenguaje y en los contenidos jurídicos, cercano, seguro y exigente en cuanto a calidad.

III. ARTÍCULOS Y NOTAS

EL IMPACTO DEL COVID EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE¹

COVID'S IMPACT IN SDGS' IMPLEMENTATION

Paloma Duran y Lalaguna²

Universidad Jaume I

RESUMEN

La Agenda 2030 se aprobó con unas aspiraciones ambiciosas y con muchos retos. La repentina aparición de la pandemia COVID19 ha alterado las previsiones y empeorado la proyección en muchos países. El artículo recoge algunos datos sobre las consecuencias de la pandemia respecto a la implementación de los ODSs, teniendo en cuenta especialmente la región de América Latina y los países miembros de la OCDE. Se trata de proponer soluciones públicas pero también de reclamar la responsabilidad en el trabajo para “no dejar a nadie atrás”.

The 2030 Agenda was adopted with ambitious aspirations and many challenges. The sudden appearance of the COVID19 pandemic has altered the forecasts and worsened the projection in many countries. The article gathers some data on the consequences of the pandemic with respect to the implementation of the SDGs, especially in the Latin American region and OECD member countries. The aim is to propose public solutions but also to call for responsibility in the work to "leave no one behind".

PALABRAS CLAVE: Impacto de Covid19. Objetivos de Desarrollo Sostenible. OCDE. América Latina

¹ Artículo recibido el 03 de mayo de 2021 y aprobado el 28 de mayo de 2021.

² Profesora de Derecho en la Universidad Jaume I.

ABSTRACT

Con frecuencia se analiza el impacto del COVID19, considerando que estamos ante una pandemia de grave calado sanitario. Pero lo cierto es que los datos globales confirman que estamos ante una crisis de carácter humanitario, con las consecuencias que ello tiene en el ámbito social, económico y ambiental. Este trabajo trata de analizar el impacto del COVID en el desarrollo sostenible, tomando como referencia los datos globales pero también los datos de los países miembros de la OCDE y de los países latinoamericanos. Sobre la base de la información analizada, se proponen algunas conclusiones.

The impact of COVID19 is often analyzed as a pandemic of serious health significance. However, the truth is that global data confirm that we are facing a humanitarian crisis, with the entire social, economic and environmental consequences that this entails. This paper attempts to analyze the impact of COVID on sustainable development, taking as a reference global data but also data from OECD member countries and Latin American countries. Based on the information analyzed, some conclusions are proposed.

KEYWORDS: Covid's impact. Sustainable Development Goals. OECD. Latin America

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LOS DATOS GLOBALES DE LA PANDEMIA COVID19. II. DESARROLLO & DESARROLLO SOSTENIBLE. III. COVID Y PAÍSES OCDE. IV. COVID Y AMÉRICA LATINA. ALGUNAS CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Con frecuencia se analiza el impacto del COVID19, considerando que estamos ante una pandemia de grave calado sanitario. Pero lo cierto es que los datos globales confirman que estamos ante una crisis de carácter humanitario, con las consecuencias que ello tiene en el ámbito social, económico y ambiental.

Este trabajo trata de analizar el impacto del COVID en el desarrollo sostenible, tomando como referencia los datos globales pero también los datos de los países miembros de la OCDE y de los países latinoamericanos. Sobre la base de la información analizada, se proponen algunas conclusiones.

I. LOS DATOS GLOBALES DE LA PANDEMIA COVID19

La situación global respecto a los efectos del COVID19 resulta francamente alarmante. De acuerdo con los datos de Febrero 2021³, hay alrededor de 107 millones de personas infectadas por el virus en todo el mundo y se contabilizan 2,34 millones de muertes, sobre una población de 7000 millones de habitantes.

Sobre esos datos globales, las diferencias en cada continente son importantes.

En Asia y Oceanía (según la misma fuente utilizada), considerado el territorio mas extenso y con mayor población del mundo, sobre un total de 4500 millones de habitantes, ha habido mas de 19 millones de contagios y no llega al medio millón el numero de muertos. Las diferencias entre los países son también elocuentes. India cuenta con más de 10 millones de personas contagiadas, en una población de 1366 millones de habitantes; mientras en la zona Pacífico Oeste, que incluye Japón, Filipinas y China –entre otros países- los contagios no llegaron al millón y medio.

En África, que es el segundo continente más poblado del mundo⁴, sobre 1200 millones de población, se han contagiado 2,5 millones y las muertes no llegan a las 100.000. El país mas afectado es Sudáfrica, que con una población de 58,5 millones de habitantes, no llega al millón y medio de contagios y supera las 45.000 muertes; mientras que el menos afectado es Burundi, con 2 muertes y 1664 contagios en una población de 11 millones. No se incluye aquí la referencia a Tanzania, que con 58 millones de habitantes, ha tenido 21 muertes y 509 contagios y cuyo Presidente no

³ He utilizado como referencia los datos facilitados por la John Hopkins University y por el Centro de Documentación Europea de Almería

⁴ *Ibidem*

contempla acciones de prevención ni de vacunas al considerar que la pandemia no afecta al país⁵.

En otros casos, como el de Nigeria, que con 201 millones de población, es uno de los mas grandes países del continente, se han detectado 1618 muertes y cerca de 135.000 contagios⁶.

Las diferencias afectan a todos los continentes. En América, sobre 1000 millones de población, hay algo mas de 46 millones de personas contagiadas, de las cuales 26 están localizadas en Estados Unidos y algo más de 9 millones en Brasil. Esto contrasta –al margen del tamaño de la población– con los 27.592 casos declarados en Cuba, con 216 muertes.

América y Europa son proporcionalmente los territorios mas afectados. En el caso de América Latina, se calcula que a fecha de 21 de abril 2021, ha habido 1 millón de muertes, siendo los países mas afectados Brasil y México⁷. En el caso europeo, sobre 741 millones de habitantes, hay casi 36 millones de contagios y solo en Francia, 3,5 millones de casos⁸.

Aunque los datos estadísticos varían cada día y en muchos casos, falta agilidad para la distribución de la información, la pandemia ha abierto un debate no solo sobre la rapidez para responder a una crisis brutal, sino también sobre las debilidades del sistema sanitario y la falta de acceso a la protección social.

En el caso español, en Febrero de 2021, se contabilizaron mas de 3 millones de personas contagiadas, sobre los casi 36 de millones de europeos infectados y los 107 millones de personas en todo el mundo⁹.

Esta diferencia de situación y respuesta se encuentra también al analizar el tratamiento de los distintos países respecto a la vacunación. De los 37 países que figuran en la lista europea (incluyendo a los países de Europa del Este y la Federación Rusa), el mas rápido en la distribución de vacunas ha sido Israel, que ha llegado al 60% de su población en febrero de 2021, con un total de 5,2 millones de vacunaciones.

⁵ Las declaraciones del Presidente han sido utilizadas basándome en la información publicada en los medios de comunicación

⁶ *Ibidem*

⁷ <https://es.statista.com/estadisticas/1105336/covid-19-numero-fallecidos-america-latina-caribe/>

⁸ datos facilitados por la John Hopkins University y por el Centro de Documentación Europea de Almería

⁹ *Ibidem*

Bulgaria y Rusia son los países que menos vacunaciones han llevado a cabo, cubriendo al 0,70% de su población con las 50.124 dosis y un millón respectivamente.

En términos absolutos y también por número de habitantes, Reino Unido supera la media con mucha diferencia, al haber vacunado al 15% de su población, algo mas de 10,5 millones de vacunaciones; mientras Alemania no llega al 3,2% de su población, con casi 3 millones de vacunaciones¹⁰.

Según los datos de AS/COA, a finales del primer trimestre 2021, América Latina y el Caribe tenían mas de 25 millones de contagios confirmados y casi un millón de muertos. La distribución de vacunas en la región ha estado condicionada por una especie de “guerra fría” mantenida entre Moscú y Pekín, haciendo promesas de distribución de dosis a gran escala en la región¹¹.

Argentina, Chile, Costa Rica y México figuran como los países que iniciaron el programa de vacunación a finales de 2020. De los cuatros países, Chile es el que mas dosis ha distribuido. De acuerdo con los últimos datos, Chile ha vacunado al 32% de la población y ha iniciado el proceso con el 46% de la población, lo que hace que sea el país mas adelantado de la región en la distribución de vacunas. Le sigue Uruguay, que ha completado la vacunación del 13% de la población y la ha iniciado en el 32%. Los datos contrastan con Venezuela y Honduras, que son los países que están en la cola de la vacunación, no llegando al 1% de la población cubierta con el inicio del proceso¹².

Por razones de espacio y tiempo, excede del objeto de este trabajo, valorar las consecuencias geopolíticas que explican estas diferencias; pero resultan un dato importante para entender los reclamos de solidaridad internacional que las Organizaciones Internacionales han reiterado en los últimos meses¹³; y también para confirmar los intereses económicos detrás del tratamiento de la pandemia y de las vacunas. No deja de ser significativo el debate sobre la liberalización de las patentes y las conversaciones en la Unión Europea y en la Organización mundial del comercio (OMC). La mayoría de los países europeos se han mostrado favorables a no liberalizar las patentes, argumentando que no resolvería la pandemia y proponiendo como

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ <https://www.as-coa.org/articles/cronologia-rastreando-el-camino-hacia-la-vacunacion-en-america-latina>

¹² *Ibidem*

¹³ Cfr. A modo de referencia el Informe sobre Cooperación al Desarrollo, publicado por la OCDE en su web institucional (www.oecd.org) en Diciembre de 2020, donde un capítulo integro está dedicado a la necesidad de la cooperación internacional como parte del “Building Back Better”.

alternativa la promoción de sinergias entre las farmacéuticas. En el caso español, el Gobierno ha apoyado la posición europea, optando por el no a la liberalización de las patentes, decisión que algunas organizaciones como Médicos del mundo han criticado abiertamente¹⁴. De acuerdo con las noticias de divulgación de la BBC, *la OMS dijo a principios de febrero que se han administrado unos 200 millones de vacunas contra covid-19. Pero el 75% de estas vacunas, señala la organización, se dieron en 10 países ricos*¹⁵. Así lo señaló también el Secretario General de la OCDE¹⁶, Ángel Gurría, en su discurso de Febrero de 2021. Los 10 países que tienen las vacunas, podrían distribuir 2 o 3 veces las dosis a su población, mientras otros países no tienen ni han tenido ningún acceso a las vacunas. Aun distribuyendo vacunas en 2021, la previsión es que en 2022, el PIB suponga 6 trillones menos a final de año, lo que proyecta un incremento de 10 millones de personas viviendo en situación de pobreza¹⁷.

Lamentablemente, los datos de la pandemia y la conversación sobre la liberalización de las patentes, no agotan la conversación ni la toma de decisiones para mejorar la vida de las personas y especialmente de los grupos mas vulnerables. Por ello, entiendo necesario considerar el marco general de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que ilumine la forma de las políticas publicas para construir una recuperación que no deje a nadie atrás. Y adicionalmente, para que todos los actores sociales puedan contribuir –cada uno según su función en la sociedad- a la implementación de unos objetivos, con los que se ha buscado mejorar la vida de todas las personas en todas las sociedades del mundo.

II. DESARROLLO & DESARROLLO SOSTENIBLE

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible tienen un proceso de negociación y alianzas muy diferente al que generó los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹⁸.

La Agenda aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas para el periodo 2000/2015, fue prioritariamente una agenda gubernamental¹⁹, negociada por

¹⁴ <https://www.msf.es/firma-patente-vacuna-covid>

¹⁵ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56433141>

¹⁶ Cfr. Discurso del Secretario General de la OCDE, 05/02/2021 (www.oecd.org)

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Díaz Barrado & Duran y Lalaguna, *International society and sustainable development goals*, Aranzadi, 2016

los países miembros de Naciones Unidas, con el objetivo de unificar en unas cuantas metas cuantificables, los compromisos asumidos desde la década de los 90 en diferentes Conferencias mundiales. Dichos compromisos carecían de un procedimiento sistemático de seguimiento coordinado y no contaban con indicadores y criterios de medición unificados que pudieran considerarse rigurosos e independientes²⁰. Esto dificultaba el análisis de la situación, pero sobre todo, ponía de manifiesto la debilidad de la comunidad internacional para hacer frente a los grandes retos del desarrollo al iniciar el siglo XXI. Aunque pueda resultar confuso y desconcertante, la Agenda del milenio se mantuvo en los términos de un desarrollo tradicional, que mantenía las diferencias Norte-Sur y que no incluía las necesidades globales que el nuevo siglo iba proponiendo. Los debates sobre una cooperación Sur&Sur y la cooperación triangular eran todavía incipientes; y la Declaración de París –con sus referencias a la apropiación nacional y a la efectividad de la ayuda- se aprobó en 2005, cuando la Agenda del milenio ya llevaba cinco años en proceso de implementación.

Esta fotografía motivó un cambio de planteamiento en el momento de analizar el “post2015” y la agenda de futuro en el área del desarrollo.

Entre 2000 y 2015, el escenario internacional había cambiado sustancialmente. No me refiero solamente al impacto del 11S en las relaciones internacionales sino también a situaciones de hecho que reclamaban una revisión de los modos y enfoques para plantear la nueva Agenda.

En ese periodo de tiempo, la actividad de China en países en desarrollo se había extendido considerablemente. Los trabajos y proyectos implementados por China en África y en América Latina crecieron de modo exponencial; con el perfil propuesto desde el imperio asiático: utilización de los materiales fabricados en China, con empresas de origen chino, y con operarios y operarias del país asiático. Este modo de proceder repetía lo que muchos países occidentales hicieron en la segunda parte del

¹⁹ Los documentos oficiales de Naciones Unidas que recogen el informe del Secretario General de Naciones Unidas, así como las actas de la aprobación de la resolución en la Asamblea General pueden encontrarse en la web oficial de la Organización: www.un.org

²⁰ Como es sabido, el seguimiento de los compromisos de las Conferencias se hacía normalmente a través de las Comisiones funcionales del ECOSOC y en algún caso, con resoluciones propuestas en la segunda y tercera Comisión de la Asamblea General; pero los documentos aprobados no respondían a criterios y métricas uniformes sino mas bien a reiteraciones de los compromisos políticos asumidos.

siglo XX y en algunos casos, se vio como una amenaza muy superior a lo que supuso la narrativa occidental.

Por otra parte, habían incrementado considerablemente los países de renta media. Especialmente en América Latina, numerosos países habían crecido económicamente, aunque dicho crecimiento no había sido paralelo a la reducción de las desigualdades. De modo que las exigencias de los programas y políticas de desarrollo planteaban sus necesidades peculiares. Así se manifestó en la Declaración de San José de Costa Rica, aprobada en la reunión de los países de renta media en 2013²¹. Mas de 70 países firmaron la Declaración, que suponía la formalización del reconocimiento de estos países, con prioridades y necesidades específicas. El crecimiento económico había mejorado la vida de algunos sectores de la población, pero también había incrementado el nivel de las desigualdades y no había mejorado la situación de pobreza en la que vivían partes importantes del país.

Fueron algunos de los países de renta media los que propiciaron el inicio de los programas Sur-Sur y que fomentaron también la denominada Cooperación Triangular, proponiendo modos de trabajar que diferían del tradicional enfoque Norte-Sur. Por otra parte, las desigualdades y la necesidad de erradicar la pobreza eran un necesidad global, que afectaba a todos los países del mundo y en todo caso, reclamaba una propuesta de carácter universal.

Pero junto al ámbito de actuación de la nueva Agenda, parecía también necesario cuestionar a los actores de dicha Agenda. Tradicionalmente habían sido los gobiernos los responsables de la negociación de la Agenda y de la distribución y generación de recursos; pero las necesidades globales estaban cuestionando la centralidad del liderazgo gubernamental y sobre todo la necesidad de incorporar a todos los actores sociales.

Este contexto planteó la clara necesidad de que la agenda “post2015” ampliara la conversación mas allá de la sede gubernamental, como se hizo, integrando no solo a la sociedad civil, sino también al sector privado, la filantropía, los Parlamentos, los Sindicatos, la Academia...etc.

²¹ El texto de la Declaración fue distribuido en la reunión de Costa Rica celebrada los días 12-14 Junio de 2013; e incluida en el periodo de sesiones que la Organización de Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) celebró unos días mas tarde en Viena.

El diálogo confirmó que había nuevos retos y nuevos actores; y también que la Agenda requería una concepción universal, al confirmar que las diferencias y las desigualdades se daban en todos los países del mundo, aunque de diferente manera²².

Por otra parte, los cambios rápidos vividos al inicio del siglo XXI estaban también invitando a reconocer las nuevas necesidades sociales. Los efectos del cambio climático, el reconocimiento de la referencia del trabajo decente, o la situación de los océanos y los modos de utilización de la energía, merecían una respuesta y un compromiso de trabajo global.

A todo ello hay que añadir las necesidades de indicadores, métricas rigurosas y procesos de seguimiento que confirmaran la adecuada implementación de la nueva Agenda.

La Agenda 2030 fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Septiembre de 2015, abriendo un nuevo modo de plantear el desarrollo, que se articula sobre el pilar económico, el social y el ambiental²³.

El texto de la Asamblea General quedó “completado” con el acuerdo de la III Conferencia sobre Financiación al Desarrollo, celebrada en Etiopía en Julio de 2015; y con el acuerdo sobre cambio climático consensuado en la Conferencia de las Partes (COP21) de la Convención de Naciones Unidas sobre cambio climático, celebrada en Diciembre de 2015.

Estos tres documentos articulan la nueva concepción del desarrollo sostenible, que integra la universalidad, los múltiples actores, y una concepción integral del desarrollo, que no se agota en su dimensión económica y que amplía la proyección de los Objetivos del Milenio.

La consideración del desarrollo en términos económicos, perpetuando el “modelo Norte & Sur” no respondía a las necesidades de una nueva sociedad, en la que la desigualdad y la pobreza pueden encontrarse en todas las sociedades del mundo; y en cuya erradicación hacen falta todos los actores, mas allá de los gubernamentales.

²² Díaz Barrado & Durán y Lalaguna, *International society and sustainable development goals*, Aranzadi, 2016, cit.

²³ El texto de la resolución 70/1, aprobada en la Asamblea General así como el informe del SG al respecto pueden encontrarse en www.un.org

Esta es la fotografía en la que puede verse claramente la diferenciación entre la aproximación tradicional sobre el desarrollo y la nueva propuesta sobre el desarrollo sostenible, que he intentado sistematizar en el cuadro a continuación:

OBJETIVOS DESARROLLO DEL MILENIO (2000/2015)	OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (2015/2030)
1. Compromisos aprobados durante los 90	1. Nuevas necesidades y nuevos retos
2. Negociación entre Estados miembros	2. Negociación con todos los actores
3. 8 Objetivos	3. 17 objetivos
4. Proceso débil de seguimiento e implementación	4. Métricas, estadísticas e informes nacionales voluntarios
5. Desarrollo	5. No dejar a nadie atrás

III. COVID Y DESARROLLO SOSTENIBLE

El impacto del COVID en la implementación de los ODS resulta evidente. No solo en el objetivo 3, que pretende asegurar el acceso a la salud y al bienestar, sino a los demás ODS.

Los informes preparados por el Departamento de Asuntos Sociales y Económicos de Naciones Unidas (DESA)²⁴ y por otras entidades muestran que la pandemia es una crisis sanitaria pero como decía al inicio, también es una crisis económica y social, que en muchos casos ha afectado más fuertemente a los países en desarrollo²⁵. A ello se añade que la pandemia ha puesto en cuestión la fortaleza de los sistemas de salud de países desarrollados, que han mostrado sus debilidades para

²⁴ El último Informe anual publicado es del 2020 e incluye datos sobre el impacto negativo de la pandemia en la mayor parte de los ODS.

²⁵ Esta es la tesis de J. Sacks, *Sustainable Development Goals Report*, Cambridge University Press, 2020

implementar el objetivo 3, así como para desarrollar los programas y estrategias de prevención, en situaciones como las que estamos viviendo²⁶.

El impacto ha sido muy variado por territorios y continentes; y los retos y lagunas también son diversos; pero si un hecho puede constatarse en términos indudables es que la solidaridad y las alianzas estratégicas son elementos críticos para dar respuesta a una crisis de esta envergadura. Es necesario negociar buenas estrategias de mitigación y compartir buenas practicas y lecciones aprendidas, pero por encima de ello parece necesario confirmar el deseo de una globalización mas justa, mas sostenible y mas resiliente a las crisis. Sin obviar la necesidad de revisar las estrategias de ayuda al desarrollo²⁷.

Las implicaciones geopolíticas de la crisis y las debilidades mostradas en algunos países aun están por analizar, junto a los datos utilizados y las lagunas en términos de información “en tiempo real”. Y en el “mientras tanto”, hay datos estremecedores respecto al impacto en el desarrollo sostenible²⁸.

Antes del COVID, el mundo estaba muy lejos de erradicar la pobreza pero después de la pandemia la previsión es incluir mas de 70 millones de personas en situación de extrema pobreza, es decir, viviendo con menos de 1,9 dólar/día²⁹. La erradicación de la pobreza no es una aspiración reciente en el trabajo de Naciones Unidas. Desde la creación de la Organización y muy especialmente desde la aprobación de la Agenda21 en 1992, son numerosas las acciones llevadas a cabo, para promover entre los gobiernos unas políticas publicas que favorezcan la inclusión y la igualdad mínima de todos los seres humanos.

La crisis también ha confirmado que menos de la mitad de la población mundial está cubierta con servicios esenciales de sanidad³⁰; que la cancelación de servicios incrementará un 100% los casos de muerte por malaria en África sub-

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Me remito a los últimos documentos aprobados por el CAD en la OCDE, especialmente a la declaración aprobada en la reunión de alto nivel, en noviembre de 2020: www.oecd.org

²⁸ Véanse los datos del SDG Hub preparado por DESA: www.un.org

²⁹ Cfr. Los datos facilitados por Naciones Unidas a través de DESA

³⁰ *Ibidem*, SDG1

sahariana³¹; y que los casos de violencia contra las mujeres han aumentado en algunos países durante la pandemia en un 30%³².

No parece que ninguno de los objetivos haya tenido un impacto positivo como consecuencia de la pandemia y mas bien al contrario, todos los objetivos están recibiendo el impacto de la crisis, aunque en algunos casos, dicho impacto es altamente negativo³³. Ese es el caso del objetivo 1 (no pobreza); el 2 (cero hambre); el 3 (salud y bienestar); el 8 (trabajo decente y crecimiento económico); y el 10 (reducir las desigualdades). Debería también incluirse aquí el objetivo 5 (igualdad de genero), teniendo en cuenta el impacto directo que mujeres y niñas están recibiendo en todos los países del mundo.

En otros casos, el impacto es considerado mixto o moderadamente negativo³⁴: se trata del objetivo 4 (educación); el 5 (igualdad de genero), el 6 (agua limpia y saneamiento); el 7 (energía limpia); el 9 (innovación, industria e infraestructura); el 11 (ciudades y comunidades sostenibles); el 16 (paz, justicia e instituciones solidas); y el 17 (alianzas). Y por ultimo, Sacks sostiene³⁵ que hay 4 objetivos, respecto a los cuales no es todavía claro el impacto de la crisis: es el 12 (consumo y producción responsable); el 13 (acción climática); el 14 (vida bajo el mar); y el 15 (vida de la tierra).

En el caso del Objetivo 1, las restricciones impuestas por la pandemia han motivado la pérdida de muchos puestos de trabajo. Esto ha significado no solo un retroceso en términos de crecimiento económico, sino un incremento importante de las desigualdades, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo; con el consiguiente efecto devastador en los grupos mas vulnerables. La situación impacta, como se ha dicho, en otros objetivos³⁶. Por ejemplo, en el objetivo 2, la falta de recursos económicos está dificultando el acceso a los alimentos, pero también los procesos de comercialización y la distribución de los alimentos en los periodos de confinamiento. Asimismo, el hecho de haber cerrado muchas escuelas ha bloqueado el

³¹ *Ibidem*, SDG3

³² *Ibidem*, SDG5

³³ Cfr. Sacks, cit., p. 4

³⁴ *Ibidem*

³⁵ *Ibidem*

³⁶ *Ibidem*

acceso a una comida al día, para muchos niños y niñas que reciben alimentación a través de los programas en las escuelas.

La pérdida de empleos conlleva no solo el desempleo sino también el cierre masivo de establecimientos y empresas que en muchos países están impactando directamente en el sector turístico, pero también están motivando un déficit público masivo, con las consecuencias pertinentes en el objetivo 8. Pero también con el impacto en materia de desigualdad, que afecta al objetivo 10. En la situación creada como consecuencia de la pandemia, los grupos mas vulnerables de población son los mas afectados, incluyendo refugiados y migrantes, sobre todo en países con redes de baja seguridad.

Según el Informe del Secretario General de Naciones Unidas para la Comisión de Desarrollo Social en Febrero 2021³⁷, entre 1990 y 2016, la desigualdad de ingresos aumento en 49 de los 119 países de los que constan datos. Actualmente, el 71% de la población mundial vive en países en los que ha aumentado la desigualdad; a finales de 2019, el 1% de las personas mas ricas de un país acumulaban entre el 25 y el 40% de toda la riqueza nacional; frente al 54% de las personas mas pobres que poseían menos del 2% de la riqueza mundial total³⁸. El impacto económico, pero también el sanitario y el humanitario en la población mas vulnerable es un hecho, que está proyectando un incremento importante de las desigualdades.

Con todo, el objetivo 3 está siendo gravemente impactado, no solo por las consecuencias sanitarias y de bienestar de las personas, sino también por la salud mental. No se trata de enumerar solo las derivadas del confinamiento y de las restricciones en relación con los demás, pero obviamente el equilibrio de las personas pasa por la vida en sociedad que se ha visto gravemente perjudicada. Con todos los matices respecto al objetivo 3, se constata una alta incidencia de enfermedad y mortalidad como consecuencia del COVID19 y también un incremento de la mortalidad no atribuida al COVID, pero directamente relacionada con el colapso de los sistemas de salud en la atención a situaciones graves no-covid³⁹.

En ese itinerario, las mujeres y las niñas han asumido más responsabilidades, en el cuidado doméstico , al mismo tiempo que mantenían las responsabilidades

³⁷ E/CN.5/2021/3, de 23 de Noviembre de 2020

³⁸ *Ibidem*

³⁹ Cfr. Informe de Sacks, citado anteriormente

laborales; además de haber vivido mas estrechamente episodios de violencia y maltrato acentuados por la estrecha convivencia durante el confinamiento, al menos en algunos países⁴⁰. De acuerdo con los datos de ONU Mujeres⁴¹, el 70% del personal sanitario global son mujeres, situándolas en la primera línea de frontera de la pandemia; 47 millones de mujeres en todo el mundo van a vivir en la pobreza como efecto del COVID; el 48% de las mujeres de la población mundial tiene acceso a Internet, frente al 58% de los hombres; y en los países liderados por mujeres, las muertes por COVID han sido seis veces menos⁴².

Lo que parece obvio es que el COVID no ha impactado positivamente en ningún objetivo de desarrollo sostenible; en otros casos, está pendiente analizar ese impacto (objetivos 12,13,14 y 15); y en otros, detallar el impacto mixto o si se prefiere moderadamente negativo que ha supuesto la pandemia (objetivos 4,5,6,7,9,11, 16 y 17)⁴³. Este análisis confirmaría que el impacto no se refiere solamente al ámbito de la salud y el bienestar sino mas bien y como venimos afirmando, nos encontramos con una crisis humanitaria, económica y social⁴⁴.

Además de la calificación de la crisis, es también significativa la respuesta de los países. Sacks⁴⁵ confirma que Europa del Norte ha sido mas eficiente que Europa del Sur; que la respuesta de Estados Unidos ha sido muy pobre; que inicialmente los países de Europa del Este fueron mas activos para contener la pandemia; y que en el índice piloto realizado, España figura como el ultimo país de la OCDE en eficiencia en la respuesta a la crisis⁴⁶. Según la misma fuente, en América Latina, Chile es el país que figura en mejores condiciones en el Índice elaborado por Sacks, ocupando el puesto n.28, seguido de Costa Rica que ocupa el n.35 y de Uruguay que ocupa el n. 45. En el extremo opuesto, figura Guatemala, que ocupa el puesto n.120, de los 166 países analizados.

En esta fotografía, no precisamente optimista, lo que resulta obvio es la necesidad de colaboración y cooperación entre los países. El intercambio de

⁴⁰ Los datos que facilita ONU Mujeres confirman un incremento del 30% de situaciones de violencia domestica

⁴¹ www.unwomen.org

⁴² *Ibidem*

⁴³ Vease el Informe de Sacks, ya citado

⁴⁴ En este sentido, cfr. Los articulos preparados en el seno de la OCDE en esta linea, publicados en el hub preparado a tal efecto por la Organizacion: www.oecd.org

⁴⁵ Informe de Sacks, publicado por Cambridge University Press, ya citado

⁴⁶ *Ibidem*, p.20

experiencias y de buenas practicas parece el primero de los esfuerzos pendientes entre los países. La atención a medidas prioritarias para evitar el hambre y para asegurar la nutrición adecuada parece inherente a todo lo que se viene diciendo; pero también asegurar las medidas de protección social, especialmente en países que carecen de un sistema seguro para garantizarlo. Y también, la cooperación para el desarrollo y el aseguramiento de las vacunas y medicamentos necesarios, sustituyendo la competición por la colaboración.

No puede ocultarse tampoco que la pandemia ha abierto de nuevo la conversación sobre los criterios para la distribución de recursos a países en desarrollo y las restricciones impuestas también a la ayuda oficial al desarrollo, como resultado de las reducciones de partidas en los presupuestos nacionales⁴⁷.

Esta situación trae a colación nuevamente la pregunta formulada en la última década. La ayuda oficial al desarrollo reclama una alienación con las necesidades básicas y prioritarias del país beneficiario. La Declaración de París de 2005, la necesidad de la apropiación nacional, la difusión de la universalidad en la Agenda 2030, la efectividad de la ayuda y el fortalecimiento de los mecanismos financieros en los países en desarrollo, no son aspiraciones menores. Y todas ellas se presentan de la mano de los retos sustantivos directamente relacionados con la implementación de los objetivos de desarrollo sostenible.

No quisiera plantear aquí la subjetividad de la interpretación de estos retos, en los términos en los que Popper planteaba el sentido de la historia⁴⁸, pero parece posible afirmar que los retos están condicionados por las respuestas de cada país y por los intereses políticos, que lamentablemente en ocasiones son prioritarios respecto al objetivo primordial de la sostenibilidad, que es *no dejar a nadie atrás*⁴⁹.

Naciones Unidas, en el último Informe sobre la implementación de la Agenda, confirmaba la estabilidad de la ayuda oficial al desarrollo en 2018 y 2019, con una proyección de descenso de \$554 billones a \$445 billones en tan solo 12 meses⁵⁰. En línea similar, la inversión extranjera global directa proyecta un declive cerca del 40%

⁴⁷ Me remito a la declaración de los miembros del CAD, ya citada, de Noviembre de 2020

⁴⁸ K. Popper, *The open society and its enemies*, Princeton University Press, 1962, pp. 259-ss

⁴⁹ Cfr. SDGs, Agenda 2030, en la web oficial de Naciones Unidas: www.un.org

⁵⁰ cfr. www.un.org, Informe elaborado por DESA

al final de 2020 e inicios del 2021⁵¹. Las consecuencias en grupos de personas mayores o en infancia o en grupos de personas con discapacidad no se puede calcular, pero los datos resultan alarmantes: 379 millones de niños y niñas han perdido la comida en la escuela por el cierre de esta durante la pandemia; los avances para reducir el trabajo infantil revierten por primera vez en los últimos 20 años; y las personas mayores de 80 años están muriendo por coronavirus 5 veces la tasa media⁵².

La Agenda había propuesto un cambio sustancial en el modo de plantear el futuro, pero la pandemia abre interrogantes importantes sobre los modos de realizar el trabajo. Seguramente será necesario revisar los presupuestos utilizados para el diseño de la Agenda así como los mecanismos de implementación; y con los nuevos datos, enfocar el trabajo de medio y largo plazo en función de las necesidades reales que se están planteando.

IV. COVID Y PAÍSES OCDE

Como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, la ausencia de datos “en tiempo real” ha supuesto un verdadero problema en términos universales. Naciones Unidas ha utilizado proyecciones que han resultado validas en algunos casos; y en otras organizaciones de ámbito regional, las diferencias en la utilización de datos rigurosos ha sido muy variada. Todavía hoy, son muchas las unidades nacionales estadísticas que están viviendo las restricciones, no solo por las limitaciones del teletrabajo en algunos países, sino también porque los datos relativos al COVID han impedido la información sobre áreas específicas.

En el caso de la OCDE, la creación casi inmediata a la declaración de la pandemia, de un centro con documentación y análisis por sectores ha facilitado el trabajo de los países y la información sobre la situación⁵³.

Uno de esos primeros análisis estuvo enfocado en los sistemas de salud y en las potenciales medidas de prevención y respuesta que pudieran facilitar una salida a la crisis⁵⁴.

⁵¹ *Ibidem*

⁵² *Ibidem*

⁵³ Cfr. www.oecd.org

Probablemente los retos que ha generado la pandemia han ido unidos a las dificultades y debilidades de los sistemas de salud, en países donde oficialmente la atención sanitaria era correcta; pero se ha visto que hay también debilidades y grandes diferencias entre los 33 países que forman parte de la OCDE. Por ejemplo, respecto al número de camas por habitantes, la media de la OCDE se sitúa en 3,7/1000 habitantes. Japón aparece como el país en mejor posición (7,8/1000); Canadá en último lugar (2/1000); y España en el puesto 29, con 2.4/1000⁵⁵.

Algo similar sucede con las camas en las Unidades de Cuidados Intensivos: la media de la OCDE es de 12/100.000 habitantes. En este caso, Alemania es el país situado en las mejores condiciones (33,9/100.000); México aparece en último lugar (3,3/100.000); y España en el n. 12 (9,7/100.000).

Obviamente este no es el único dato para analizar la situación de los sistemas de salud entre los miembros de la OCDE.

Las políticas públicas en el ámbito de la sanidad deberían ser clasificadas⁵⁶ en médicas y no médicas. En el primer caso, se considera que el tratamiento y la distribución de las vacunas es claramente prioritario; y en el segundo, se incluiría la información y comunicación; la reducción del riesgo de contagios; el incremento de la distancia social; las medidas de desinfección; las restricciones en los viajes; y la reducción de los tiempos entre la detección de los síntomas y el confinamiento⁵⁷. El hecho de que el proceso de las vacunas haya tardado más tiempo del deseado, ha hecho que las medidas “no medicas” hayan sido en muchos casos la principal herramienta pública en la lucha contra el covid19.

En cualquier caso, el informe de la OCDE estructura la respuesta de los sistemas de salud de sus miembros en cuatro áreas principales: el acceso de todos y especialmente de los más vulnerables al diagnóstico y tratamiento; fortalecer y optimizar la capacidad de los sistemas de salud de responder al rápido crecimiento de los casos; soluciones digitales y datos para la mejora del cuidado; y acelerar el desarrollo de diagnósticos, tratamientos y vacunas.

⁵⁴ OECD, *Beyond containment: Health systems responses to COVID-19 in the OECD*

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ *Ibidem*

El acceso a los servicios de salud, que es uno de los grandes retos a conseguir en muchos países, parecía cubierto en el caso de la OCDE; pero los datos analizados confirman algunas disfunciones. Por ejemplo, el acceso universal a servicios de salud persiste en 7 países, por debajo del 95% (México, Polonia, Estados Unidos, Chile, Hungría y Costa Rica)⁵⁸; hay 19 países con 100% de cobertura sanitaria; en el caso español, con un 99% ocupa el puesto n.25.

Obviamente las dificultades iniciales han sido en algunos casos subsanadas, pero es cierto que la capacidad de los laboratorios para analizar y responder a los test realizados, así como la capacidad para facilitar los diagnósticos han sido los mayores retos en el inicio de la pandemia.

En el caso de la optimización de los sistemas de salud, la prioridad de las “3S” ha sido constante en todos los países⁵⁹. La movilización de personal sanitario para reforzar la atención a las personas enfermas; los test y equipos de protección así como los ventiladores y la disponibilidad de medicinas esenciales; y el número de camas en hospitales y en las unidades de cuidados intensivos se han considerado con carácter prioritario en todos los casos, a pesar de algunas de las diferencias ya señaladas⁶⁰.

Por otra parte, la detección de diagnósticos utilizando instrumentos digitales, el monitoreo de personas contagiadas o la utilización de las tecnologías para guiar a la sociedad han sido claves en el proceso. Y lo mismo habría que decir de los avances en los tratamientos y las vacunas⁶¹.

Sin embargo, la llamada a la solidaridad internacional sigue estando vigente, en términos universales.

En la primera parte de este trabajo hemos mostrado la situación por continentes y áreas geográficas, pero el virus desconoce territorios y personas. En Febrero de 2021, como se ha recordado, se pudo confirmar que 10 países tienen el control del casi

⁵⁸ *Ibidem*, p.4

⁵⁹ El informe citado, en su p.6 detalla el contenido de las “3S” que obedecen en acrónimo inglés a “staff, supplies, space”, traducido al castellano como “personal, suministros y espacio”

⁶⁰ *Ibidem*, p.6

⁶¹ *Ibidem*, p.18

90% de las dosis de vacunación; y esos 10 países tendrán vacunas para distribuir dos o tres veces a su población mientras hay países del mundo que no tienen⁶².

Todos los ámbitos en los que la cooperación al desarrollo estaba trabajando intensamente en 2020, en los márgenes de la Agenda 2030 (entre otros: incremento de las desigualdades, poblaciones vulnerables, violencia de género, empleos precarios, empoderamiento económico de las mujeres, crisis humanitarias, incremento de personas desplazadas) han quedado expuestos ante el virus que se ha presentado ante una comunidad internacional que no estaba preparada para ello⁶³.

Seguramente por esta razón, los documentos a los que antes nos hemos referido, preparados en el marco de la OCDE, apelan constantemente a estrategias para la coordinación de crisis internacionales; a acciones colectivas para apoyar y proteger los *bienes públicos globales*; a integrar la acción climática en todo este trabajo; a establecer medidas de apoyo de larga duración para los sistemas de países que lo necesiten, especialmente en el fortalecimiento de las instituciones y en la consolidación de la gobernanza⁶⁴. Queda confirmado que la pandemia se ha desarrollado en un mundo que no estaba preparado para recibirla; pero también que los efectos reclaman una revisión de los puntos de partida utilizados, especialmente para la negociación de los ODS y para sus estrategias de implementación.

VI. COVID Y AMÉRICA LATINA

América Latina tiene el 8% de la población mundial y ha tenido más del 30% de las muertes a nivel global, lo que implica un fuerte impacto en el ámbito social y económico⁶⁵.

La situación en la región antes del COVID ya confirmaba carencias que no pueden resolverse a corto plazo. Los sistemas de salud con falta de financiación y la

⁶² Los datos fueron utilizados por el Secretario General de la OCDE, Ángel Gurría, en su mensaje de 5 de Febrero de 2021, que fue distribuido con el título *We must not fail humanity's greatest test*, y que puede encontrarse en la página web oficial de la Organización: www.oecd.org

⁶³ *OECD Development Cooperation Report 2020: Learning from Crises, Building Resilience*, OECD Publishing, Paris, p. 15

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Lopez-Calva y Menendez, *Las implicaciones socio-económicas de la pandemia por covid-19: ideas para la acción en políticas públicas*, PNUD-LAC, 2020

calidad dispar de los servicios de salud; los mercados laborales, con un índice importante de economía informal y como consecuencia, de trabajadores sin protección; la desigualdad entre los diferentes grupos sociales; y unas tareas de cuidado que afectan desproporcionadamente a las mujeres⁶⁶.

Estas son solo algunas de las condiciones existentes antes del COVID que han agravado aún más la situación en la región. Sobre ello, las previsiones de Naciones Unidas para América Latina son más que preocupantes. El último informe, elaborado por la Organización en 2020, alerta sobre el hecho de que *América Latina y el Caribe se ha convertido en una de las zonas críticas de la pandemia de COVID-19, exacerbada por estructuras de protección social débiles, sistemas de salud fragmentados y profundas desigualdades. El COVID-19 provocará en la región la peor recesión de los últimos 100 años y se estima que generará una contracción del 9,1% del producto interno bruto (PIB) regional en 2020. Esto podría aumentar el número de personas en situación de pobreza en América Latina en 45 millones (hasta llegar a un total de 230 millones de personas) y el número de personas en situación de extrema pobreza en 28 millones (llegando a un total de 96 millones de personas), poniéndolas en riesgo de desnutrición. En una región que experimentó un número significativo de crisis políticas y protestas en 2019, el aumento de las desigualdades, la exclusión y la discriminación en el contexto de la pandemia afectará negativamente el goce de los derechos humanos y los avances democráticos; situación que, de no atenderse, podría eventualmente derivar en malestar social y disturbios*⁶⁷.

La fotografía resulta preocupante. Y se agrava con los siguientes datos. En cuanto a los ODS, la pandemia aventura un efecto negativo en el corto plazo, en la mayoría de los Objetivos de la Agenda 2030. El retroceso está siendo generalizado; y la pandemia está teniendo impacto negativo en 61 de los indicadores en el Índice ODS para América Latina y el Caribe, la mayoría de ellos por causas indirectas. Adicionalmente conviene tener en cuenta que los ODS sociales y económicos están recibiendo mayor impacto negativo que los asociados con temas ambientales y de consumo⁶⁸.

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ Naciones Unidas, *El impacto del covid en América Latina y el Caribe* (https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-07/ES_SG-Policy-brief-COVID-LAC.pdf), Julio 2020.

⁶⁸ CODS, 2020, Índice ODS 2019 para América Latina y el Caribe. Centro de Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe, Bogotá, Colombia, p. 87

El ODS 10, relativo a la reducción de desigualdades es probablemente el más afectado, que ya resultaba impactado antes del covid19 en la región. Las personas con los ingresos más altos en la región tienen una mayor capacidad de reacción al choque económico y social producido por la pandemia. El hecho de contar con trabajos formales, mayores ingresos, mejores condiciones de vida, mayor conectividad y mayor capital social les permite responder mejor a la crisis. De modo contrario a los hogares de menos ingresos, que concentran mayor pérdida de empleos e ingresos por los elevados niveles de informalidad. Las viviendas inadecuadas y las dificultades para acceder al agua potable y al saneamiento son solo algunas de las dificultades para la implementación de los ODS y sobre todo, para la mejora de la vida de las personas.

La situación laboral y social tiene impacto directo en el ODS4, alterando las posibilidades de acceso a la educación, ampliando las dificultades para garantizar la calidad en la educación, de acuerdo con los datos facilitados por la OCDE⁶⁹. Los datos pormenorizados en cada país han sido detallados por la CEPAL⁷⁰ y confirman, como el Observatorio para los ODS, que el ODS 10 es el más negativamente impactado en términos regionales. Y lo mismo confirman los datos de la Secretaría General Iberoamericana, tanto a través de la plataforma de ODS como de los documentos aprobados en la XVII Cumbre Iberoamericana, celebrada en Andorra⁷¹. Entre dichos documentos, el relativo a la financiación externa, corrobora la llamada a apoyar a los países de renta media, que afirma lo siguiente: *Que la mayor brecha, además del acceso a las vacunas, en esta desigualdad entre países, ha sido el nivel de acceso a financiación suficiente, justa y barata, para su uso en las extraordinarias necesidades de gasto que esta pandemia ha requerido. Si bien el G20 y el Club de París actuaron pronto y acordaron una histórica Iniciativa de Suspensión del Servicio de la Deuda para los 73 países más pobres del planeta, como también un marco común para la negociación adicional de tratamientos coordinados de alivio de deuda externa para estos mismos países, hasta la fecha no se han adoptado medidas análogas a favor del grupo mayor de países de renta media, hogar de más de 5 mil millones de personas y casi dos tercios de todos los pobres del planeta. Como resultado, estos países enfrentan peligrosas crisis económicas, un problema que los países ricos han podido*

⁶⁹ OCDE (2020), *Is Covid widening educational gaps in Latin America? Three lessons for urgent policy action*, <https://oecd-development-matters.org/2020/06/04/is-covid-19-widening-educational-gaps-in-latin-america-three-lessons-for-urgent-policy-action/>

⁷⁰ <https://agenda2030lac.org/estadisticas/banco-datos-regional-seguimiento-ods.html?lang=es>

⁷¹ <https://www.segib.org>

*enfrentar gracias a sus políticas monetarias con bajas e incluso negativas tasas de interés y políticas fiscales expansivas*⁷².

La invitación a considerar y tener en cuenta la situación de los países de renta media es reiterada en todos los organismos internacionales y regionales. No puede olvidarse que la mayor parte de los países calificados como de renta media en la Declaración de Costa Rica, pertenecen a América Latina, donde ha habido crecimiento económico, pero también un incremento muy importante de las desigualdades.

Ante esta situación alarmante, Naciones Unidas propone utilizar la pandemia como una oportunidad, para dar respuesta a las cuestiones más preocupantes de la región. La respuesta reclama – a juicio de Naciones Unidas- encontrar un equilibrio entre el papel del Estado, el mercado y la sociedad civil; poniendo especial énfasis en la transparencia y en la rendición de cuentas; fortaleciendo el Estado; y con la promoción de los derechos humanos. De este modo, a los tres pilares del desarrollo sostenible –social, ambiental y económico- se completarían con la dimensión política, que supone reforzar las instituciones del Estado, garantizar la división de poderes, y asegurar la protección de los derechos humanos⁷³.

Adicionalmente, una de las recomendaciones de Naciones Unidas sugiere revisar la distribución de los recursos multilaterales y bilaterales a los países de renta media⁷⁴. Esta es, como se ha dicho, una propuesta reiterada también por parte de España en múltiples foros, precisamente porque estos países (localizados en su mayoría en América Latina) han tenido en algunos casos crecimiento económico de la mano del incremento de grandes desigualdades⁷⁵. Los países latinoamericanos⁷⁶ han accedido a recursos modestos de los créditos de emergencia y otros créditos del Fondo Monetario Internacional y otros se han beneficiado de los recursos; además los bancos multilaterales de desarrollo han adoptado medidas para apoyar a la región. Pero los recursos no son proporcionados a las necesidades. Y a ello hay que añadir que tanto el

⁷² Cfr. SEGIB, XXVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, *Comunicado especial sobre el acceso al financiamiento externo para la recuperación de la pandemia del COVID*, 21 abril 2021

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ *Ibidem*, p.4

⁷⁵ Cfr. Los resultados del encuentro en Costa Rica, para la formalización de la lista de países de renta media y la firma de la Declaración de Costa Rica, coordinada por UNIDO.

⁷⁶ Cfr. José Antonio Ocampo, *La cooperación financiera internacional frente a la crisis económica latinoamericana*, en López-Calva y Meléndez, *Las implicaciones socio-económicas de la pandemia* (..), cit, pp. 47-ss

Banco Interamericano de desarrollo (BID) como el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) están al límite de su capacidad crediticia y necesitan ser capitalizados⁷⁷.

Desde el punto de vista de la deuda externa, argumenta Ocampo⁷⁸, una alternativa a la situación actual sería la creación de un mecanismo multilateral voluntario de supervisión para la suspensión de la deuda de los países que lo requieran. Sin embargo, la negociación de la deuda soberana no tiene la misma lectura desde la perspectiva de los países OCDE, como se ha mencionado en nuestro epígrafe anterior.

Más allá de la situación generada por la crisis, Ocampo sugiere una nueva formulación de la estrategia de desarrollo en América Latina, objetivo no fácil de conseguir en el corto plazo, dada la diferencia de respuesta política en cada país de la región⁷⁹.

En el caso de América Latina, los problemas estructurales previos a la crisis no han hecho sino agudizarla, con el consiguiente impacto en la implementación de los ODS, especialmente pensando en las personas más vulnerables. Pero además, las dificultades de acceso a la ayuda multilateral y bilateral han condicionado también los obstáculos de mejora en la región⁸⁰, adicionalmente a las necesidades de fortalecimiento institucional que han sido mencionadas.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Desde el inicio de este trabajo, hemos intentado subrayar la evolución en el tratamiento de las desigualdades y de los grandes retos que afectan a la sociedad del siglo XXI. La pandemia ha puesto sobre la mesa muchas lagunas y también muchos retos a los que dar una respuesta.

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Los datos sobre cada uno de los países pueden verse en el Informe realizado por el Observatorio de los ODS en Bogotá (Colombia), 2020.

⁸⁰ En términos globales, cfr. UN, Inter-Agency Task Force on Financing for development, *Financing for sustainable development report 2021, NY, 2021*. Disponible en: <https://developmentfinance.un.org/fsdr2021>.

La estructura utilizada para articular los ODS parecía la necesaria para el momento en el que se aprobaron. Completaban las lecciones aprendidas de los objetivos anteriores y aspiraban a un modelo mas justo, mas equitativo, mas inclusivo.

La distribución de los Objetivos en 2015 fue mucho mas ambiciosa que en 2000. Si comparáramos la fotografía, se confirma el dato⁸¹:

	OBJETIVOS MILENIO (2000/2015)	ODS (2015/2030)
DIGNIDAD	1; 3	1; 5
PERSONAS	2; 4; 5; 6	2; 3; 4
PLANETA	7	6; 12; 13; 14; 15
ALIANZAS	8	17
JUSTICIA		16
PROSPERIDAD		7; 8; 9; 10; 11

El *no dejar a nadie atrás* ha sido la referencia permanente de los últimos cinco años. A ello hay que añadir la incorporación de los diferentes actores, que tuvieron escasa presencia en el diseño de la Agenda en 2000: el sector privado, la sociedad civil, la filantropía, los Parlamentos, los sindicatos, la academia, por mencionar algunos de los actores, han cambiado sustancialmente su modo de trabajar y en ocasiones las estrategias de definición de su propósito⁸². Es cierto también que en este mismo periodo de tiempo, los mecanismos y centros de poder han cambiado de modo significativo y las nuevas tecnologías han abierto fronteras de control no imaginables hace solo cinco años⁸³.

Pero en cualquier caso, la brecha abierta por la pandemia confirma que el problema es multidimensional y por tanto también tienen que serlo las respuestas. Y en este sentido, el desarrollo sostenible nos invita a implementar los dos grandes

⁸¹ *The Guardian*, September 2015

⁸² Cfr. Rebecca Henderson, *Reimagining capitalism in a world of fire*, Public Affairs, New York 2020

⁸³ Especialmente interesante en este sentido es el libro de Shoshana Zuboff, *The age of surveillance capitalism*, Public Affairs, New York 2019. Hay traducción al castellano: *La era del capitalismo de la vigilancia (La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder)*, Paidós 2020

pilares que tanto costaron negociar. El primero la universalidad; y el segundo, la respuesta multiactor.

La Agenda se planteó para todos los países, como ha hecho el COVID19, pero en el caso de la pandemia, sin tener en cuenta desarrollo económico, ambiental o social y sin mirar el impacto humanitario. El impacto en los países se ha confirmado muy diverso, pero resulta obvio que en América Latina se ha recrudecido, precisamente por el incremento de las desigualdades asociada a un crecimiento económico que no ha sido inclusivo.

Por eso, los objetivos de desarrollo sostenible son ahora –mas que nunca- una oportunidad para re-pensar los modos de vivir y en este sentido, requieren una revisión de su falsilla para ser efectivos. Las consecuencias del COVID19 aun no se han terminado y son en definitiva, una invitación para recuperar a la persona en el centro de todo desarrollo y para no dejar a nadie atrás. Este ejercicio requiere una lectura nueva del impacto económico, social y medio ambiental. Y seguramente por ello, me parece especialmente atractiva la propuesta de Zuboff⁸⁴ pero especialmente la de Rebeca Henderson: *hacer bien y hacerlo bien*⁸⁵.

Las referencias al bien común no son muy comunes en nuestros días, y quizás por eso las propuestas de M.Sandel⁸⁶ resultan mas provocadoras y muy ciertas. Citando a H. Tawney, argumenta Sandel que el bienestar de la sociedad pasa por la responsabilidad personal: *El bienestar social (..) depende de la cohesión y de la solidaridad. Implica la existencia no solo de oportunidades de ascender, sino también de un elevado nivel de cultura general y una fuerte conciencia de unos intereses comunes (...). La felicidad individual no requiere únicamente que los hombres tengan la libertad de ascender a nuevas cotas de confort y distinción; también exige que sean capaces de llevar una vida de dignidad y cultura, tanto si ascienden como si no*⁸⁷.

En este sentido, las consecuencias de la pandemia en todo el mundo y especialmente en la región de America Latina, reclaman no solo políticas publicas adecuadas a las necesidades de cada país, sino una clara invitación a recuperar la

⁸⁴ S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia (La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder)*, Paidós, Barcelona 2020

⁸⁵ R. Henderson, *Reimagining capitalism in a world on fire*, Harvard University Press, 2019

⁸⁶ M.J.Sandel, *La tiranía del merito (¿Que ha sido del bien común?)*, Debate, Madrid 2020

⁸⁷ *Ibidem*, p. 289

apelación al bien común, a los intereses de toda la sociedad y en ese contexto, a no dejar a nadie atrás.

TENDENCIAS ACTUALES PARA LA ATRACCION DE INVERSIONES EXTRANJERAS - CASO BOLIVIA¹

CURRENT TRENDS FOR ATTRACTING FOREIGN INVESTMENT - BOLIVIAN CASE

Jorge Alberto Lizárraga Torrico²
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Las inversiones extranjeras a lo largo de su existencia, lo que ha pretendido no solo es consolidar las relaciones internacionales entre Estados sino fortalecer la diplomacia y los medios para enfrentar pleitos o demandas de unos contra otros, sin desconocer que se ha constituido también en una fuente importante de ingresos no solo para los inversionistas sino también para los Estados receptores.

Suscribiéndose así los acuerdos o tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones, como una demostración jurídica en un marco de derecho internacional donde los compromisos, responsabilidades y obligaciones forman parte también del sometimiento a una legislación que se entendería garantista e imparcial para los inversores.

No obstante, el tema de las inversiones extranjeras también ha traído consigo una serie de reacciones no solo positivas también negativas sobre su razón de ser o fin, que ha conllevado a enfrentamientos entre el Estado receptor y los inversionistas extranjeros ante tribunales arbitrales.

Este tipo de reacción de acudir a estrados arbitrales ha permitido que muchos Estados, re evalúen a estas inversiones, y estén más propensos a repelar o dudar de su necesidad, como por el otro lado, se dude de la protección y seguridad jurídica que ese Estado habría ofrecido ante la vigencia de esos instrumentos del derecho internacional.

¹ Artículo recibido el 04 de mayo de 2021 y aprobado el 04 de junio de 2021.

² Doctorando en Derecho Universidad Rey Juan Carlos.

Es por tal circunstancia, que el principal objetivo con el presente artículo, es denotar las diferentes tendencias de atracción de inversiones extranjeras hasta nuestros días y su importancia para el desarrollo de sociedades, y como esto puede ser tan importante para un Estado como el boliviano, para diseñar, redirigir y evaluar los errores o amenazas y debilidades que hoy existen dentro de todo el marco legal y principalmente Constitucional para permitir, promover, atraer y disfrutar de las inversiones extranjeras para toda una sociedad.

Por lo cual, el resultado que esperamos con este artículo, es consolidar la idea de que las inversiones extranjeras son tan importantes para lograr el desarrollo de los países como importante también es la protección jurídica que permita a los Estados garantizar esa inversión extranjera.

PALABRAS CLAVE: instituciones legales, inversión extranjera directa; regulación, derecho económico internacional, derecho internacional, Inversión Extranjera Directa.

ABSTRACT

Foreign investment has given people to life better in a sense of commonwealth, which has not only obtained benefits for those who invest in any country, but also generate interesting revenues for the Estate that allow or attract such investments in their territories, in a way to say how important are the bilateral or multilateral agreements or treaties on this matter.

However, the issue of foreign investment has also brought with it, a series of not only positive but negative reactions on its raison of be, and understand how effective and efficient it could be to start a business in a country, but in one where you are guaranteed of do that.

The main objective on this article is to denote the different tendencies that existed from its contemporary genesis to the present day regarding foreign investments and their importance for the development of societies, and how this could fit in the case specific in the new national policy of the Bolivian State within the entire legal framework and mainly its Political Constitution.

Therefore, the result that we hope with this article is consolidate the idea that foreign investments are so important to achieve the development of countries as it is

also important to recognize that both the public and private sectors must little by little open up to the idea of work in synergy and social commitment.

KEYWORDS: international institutions, regulation, international economic Law, international law, Business Law, foreign direct investment.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA. 1.1 contratos de concesión. 1.2 Desarrollo de Proyectos, 1.3 Montaje instalación de equipos. 1.4 contratos de construcción. 1.5 instrumentos financieros. 1.6 servicios. 1.7 Inversiones no fácilmente reconocibles. II. CONTEXTO ACTUAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS -CASO BOLIVIA. III. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS POST COVID19. IV. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES Y UNA VISIÓN GENERAL SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS EN BOLIVIA. 4.1 Recursos Naturales. 4.2 Reconocimiento Propiedad Privada. 4.3 Sectores estratégicos. 4.4 Territorios Indígenas originarios. CONCLUSIÓN.

* * *

INTRODUCCIÓN.

Exponer acerca de lo positivo o negativo de las inversiones extranjeras en un país, dependerá siempre según el cristal con el que se mire, la necesidad de la Nación, el orden constitucional y legal que impera y ante todo el desafío político.

Para nadie es desconocido que el mecanismo en virtud del cual los Estados llegan a acuerdos de protección de inversiones y por tanto la posibilidad de inversión en otros países son los acuerdos o tratados de inversiones.

Desde la primera vez que se suscribieron este tipo de acuerdos de inversiones³ hasta la fecha, la confusión y variedad de estos ha ido en aumento, y por lo cual ante esa complejidad y en muchos casos sobreponiéndose decisiones políticas más que el cumplimiento de estos instrumentos, hacen e hicieron que se acudan a estrados arbitrales para reclamar supuestas inobservancias sobre lo pactado.

³ El primer tratado sobre inversiones es atribuido a aquel suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959.

Cuando nos referimos a la atracción de inversiones extranjeras en un país, hablamos de la incursión de una labor privada en áreas o sectores de la economía que por diferentes causas o razones el ámbito estatal o no lo puede realizar por sí solo o bien las capacidades para emprender por sí mismo no son suficientes para augurar un resultado mejor.

Esta situación de incapacidad estatal muchas veces está relacionada al saber hacer, que justamente por esta insuficiencia pragmática del Estado, es que o bien acude a terceros para que exploten un potencial recurso o son estos quienes se interesan en invertir en un país que brinde no solo garantías de la inversión, sino que se cuente con el paraguas legal que les brinde cierta seguridad jurídica.

Una nueva ola sobre las regulaciones a las inversiones extranjeras ya se ha iniciado, y no solo en forma de propuesta sino como un hecho factico, en países de la UE, Estados Unidos y otros.

En el caso boliviano, como es en la inmensa mayoría de países latinoamericanos y no solo a causa de la pandemia del covid19, entre otros problemas que se atraviesan para promover a la inversión extranjera, es la corrupción y ante todo el riesgo político por la inestabilidad que siempre ha caracterizado a estos países.

Es por ello que, ante la situación de una falta de marco legal sólido, estable, transparente y coherente para la atracción de inversiones, los inversores cada vez ven muy distante la posibilidad de invertir en estos países, por lo cual hasta tanto no existan condiciones de plena seguridad y respeto a la inversión menos probabilidades de explotación de recursos y generación de excedentes habrá o lo que es lo mismo, menos probabilidades de inversión extranjera existirá.

Sin embargo, lo que queda claro es que, si las condiciones fueran diferentes, y existiera un margen suficiente de capacidad y credibilidad reguladora del Estado, garantizando y anteponiendo principios básicos del derecho internacional y relaciones internacionales en lo que a la inversión extranjera se refiere, las tendencias generales sobre la inversión extranjera en el mundo y en el caso Bolivia en especial, podrían tomar un sentido diferente.

Ese sentido diferente, podría traducirse en dar mayor prioridad a la inversión extranjera de la mano del tejido empresarial del Estado en forma de empresa mixta⁴ y de ahí en adelante expandirse, crecer y mantenerse como una marca propia con la participación estatal, sin descuidar, y atraer en un sentido estricto a las inversiones extranjeras directas en Bolivia al margen de lo que planteamos.

Esta nueva tendencia sobre la atracción de las inversiones extranjeras fomentando la sinergia Estado-Inversión Extranjera conjunta, nos permitiría dar otra visión de la importancia de la misma en estos países latinoamericanos principalmente Bolivia, donde en los últimos 15 años más que dar espacios de opción a los inversionistas más obstáculos se les ha impuesto.

I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

A partir del periodo posterior a la II guerra mundial, y conforme el auge del interés de los Estados de invertir en otros países y/o permitir a sus connacionales invertir en aquellos⁵, el concepto de inversión no solo se ha ido moldeando según jurisprudencia internacional, sino que se ha constituido como parte esencial del derecho de las inversiones, concepto sin el cual, no pudiera identificarse obligaciones o responsabilidades de las partes y/o acudir a estrados arbitrales internacionales.

La definición de inversión extranjera, así como el reconocerla dependerá de cómo las partes hayan suscrito el tratado bilateral de inversiones en adelante TBIs, emergente de una negociación diplomática previa.

Dentro un marco multilateral se tiene que el artículo 25⁶-1, del convenio CIADI (CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS), refiere escuetamente a la Inversión Extranjera Directa en adelante IED que:” ... *la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan*

⁴ En el mundo existen variadas experiencias positivas donde el Estado conjuntamente inversionistas extranjeros han podido emprender conjuntamente. Ejemplos: Banco Hipotecario de la Argentina; Banco de Desarrollo productivo BDP SAM de Bolivia; Red Eléctrica de España; Havanna Club Internacional de Cuba; Enel de Italia; Ecopetrol de Colombia; Petrobras del Brasil y muchos otros.

⁵ Creándose para ello el concepto de inversión extranjera plasmado en tratados o acuerdos sobre inversiones.

⁶ convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados

directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante”.

El Fondo monetario Internacional FMI por su parte define a la IED como *“aquella inversión que refleja el objetivo de una entidad residente en una economía de obtener una inversión permanente en una empresa residente en otra economía”*⁷.

Sobre lo anterior, si bien el concepto internacionalmente aceptado de inversión no está previsto en un documento multilateral, no obstante, esta definición debe plasmarse de tratado en tratado, dejando legítimo e irremediamente importante que el consentimiento de las partes ante una situación de controversias prevalezca a la hora de iniciar una acción de cumplimiento sobre una supuesta vulneración de derechos sobre inversión.

La inversión extranjera a su vez se divide en inversión directa e inversión indirecta o de cartera o denominado de portafolio; la primera es cualquier utilización de activos en uno o varios países distintos al país propietario o titular del activo, manteniendo sobre todo un control y/o administración sobre estos, mientras que la inversión de cartera o portafolio carece de este elemento de control.

Este componente de control al cual nos referimos, es uno de varios aspectos que son considerados por varios autores y que en la práctica y la doctrina y costumbre internacional ha sido destacado.

Así, por ejemplo, Sornarajah⁸ respecto al componente de control define a la inversión como *“aquella transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro, con el propósito de uso y/o aprovechamiento en ese país para generar riqueza bajo el control parcial o total del dueño del activo”*.

Por otro lado, y como lo señalan Hill y Salacuse, el componente primordial, que diferencia a una inversión directa de una de portafolio o cartera es el control sobre la inversión, siendo que para determinar la existencia de control sobre una inversión se ha utilizado en la práctica internacional la regla del 10% que es utilizada ampliamente por organizaciones internacionales, gobiernos y doctrina⁹.

⁷ Fondo Monetario Internacional (2009):” Perspectives économiques régionales. Afrique subsaharienne : Retour à une croissance forte” Washington :22-23

⁸ M. Sornarajah, the international Law on foreign investments, Cambridge University press 2004.

⁹ Jezwald W. Salacuse, the Law of investment treaties, Oxford University, press 2010.

Existen otros autores como Dolzer y Schreuer¹⁰, que atribuyen a la inversión extranjera directa otros componentes adicionales al control, como el tener un proyecto de largo plazo, propósito de beneficios regulares, y el riesgo del negocio, sin embargo y a pesar de estos otros elementos identificadores del tipo de inversión, el de control es el que más se adecua al comportamiento de quien pueda o no haber realizado la inversión extranjera específicamente.

Ahora bien, si bien es cierto que en los tratados o acuerdos sobre inversiones incluyen su definición, a lo largo del tiempo, los diferentes tribunales arbitrales encontraron ciertos aspectos que tergiversaban la verdadera esencia de un verdadero tratamiento sobre la inversión extranjera.

En consecuencia, estos tribunales arbitrales, adoptaron ciertos parámetros a través de los cuales, se pudiera precisar el término para definir la inversión, invitando a los Estados a complementar en sus tratados o acuerdos estos aspectos.

Los casos más paradigmáticos los tenemos a partir de los años 2001¹¹ y 2009, en los que el tribunal arbitral consideró oportuno que para determinar la existencia de una inversión habrá que establecer o reconocer la contribución para el desarrollo de país receptor respecto a la inversión que se realizare; el riesgo que pudiera presentarse; y la duración de la misma.

El 2009¹², nuevos criterios surgieron en razón de las desavenencias y la propia evolución del derecho de las inversiones y las tendencias existentes, que incluyeron el principio de buena fe de las inversiones con el criterio de rendición a la legislación local, del cual se infiere en que las inversiones pueden desarrollarse de conformidad con la legislación del Estado receptor, si así las partes lo convienen.

Un asunto jurídicamente importante en el derecho internacional de las inversiones no solo es la definición de inversión, sino como puede identificarse una inversión extranjera en base a esa definición y para ello repasamos algunos ejemplos de actividades o servicios entendidos en principio como inversión extranjera según sus TBIs respectivos.

¹⁰ Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of international Investment Law*, 2nd Revised edition, Oxford University Press, 2012.

¹¹ Laudo arbitral CIADI ARB/00/4 Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.P.A. contra la Republica de Marruecos.

¹² Laudo arbitral CIADI ARB/06/5 Phoenix Action Ltda contra Republica Checa, puntos 100 y 101.

1.1 Contratos de Concesión. - En Kaiser Bauxite c. Jamaica, como en Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaica, el tribunal estableció que en el caso en el que, a una empresa en este caso minera, se le haya concesionado la ejecución o desarrollo de una actividad y este haya invertido montos sustanciales en el Estado y además esa inversión se encuentre reglado en base a un acuerdo con ese Estado, este tipo de contratos son considerados como una inversión.

1.2 Desarrollo de proyectos. - En el PSEG Global Inc. V. República de Turquía¹³, la controversia se refería a un contrato para el desarrollo de una planta de energía en Turquía, de la cual partió como proyecto inicial y luego continuo su edificación. El tribunal no discutió en detalle y la considero como un contrato de concesión de instalación de planta, lo que equivaldría a una inversión.

1.3 Montaje e instalación de equipos. - En M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador¹⁴, el reclamante llevó a cabo el negocio de adquisición, montaje e instalación de dos plantas generadoras de electricidad y vender su energía a INECEL, entidad estatal ecuatoriana. Una vez finalizadas estas operaciones, los activos generadores de energía fueron vendidos, y seacoast la empresa, continuó manteniendo no solo cuentas por cobrar sino otros derechos contractuales contra INECEL.

En vista del tribunal, el artículo a) del TBI Ecuador-Estados Unidos, da una definición de inversión donde los derechos e intereses alegados por las demandantes habrían subsistido como consecuencia del llamado proyecto Seacoast, bajo la existencia de un permiso de explotación, por lo que se ajustaría a esa definición de inversión.

1.4 Contratos de Construcción¹⁵. - En Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. V. Marocco,¹⁶ el Tribunal Arbitral sostuvo que, un contrato de construcción civil se constituye en una inversión, conforme el TBI Italia-Marruecos, ya que se creó un derecho respecto a un beneficio de valor económico.

¹³ PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation y Konya Ilgin Elektrik Üretimve Ticaret Limited Sirketi v. República de Turquía, Caso CIADI No. ARB / 02/5 *Decisión sobre Jurisdicción*, 4-de junio de 2004.

¹⁴ M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, *Caso CIADI No. ARB / 03/6*, Premio, Inc. v. República del Ecuador, 31 de julio de 2007.

¹⁵ Otros casos notables sobre esta misma situación encontramos en Bayindir c. Pakistán, Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. República Árabe de Egipto.

¹⁶ Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Marruecos Caso CIADI No. ARB / 00/4, *Decisión sobre Jurisdicción*, 23 de julio de 2001.

El riesgo, según lo señalado por el tribunal en ese caso, era bastante evidente, al igual que los elementos de duración (36 meses) y contribución al desarrollo, por lo que con particular atención a esta última característica el tribunal observó que:

".. la contribución del contrato al desarrollo económico del Estado marroquí no puede cuestionarse. No se puede cuestionar que la autopista en cuestión servirá al interés público y que además las empresas italianas también eran capaces de proporcionar al Estado receptor de la inversión, conocimientos técnicos en trabajo a realizar¹⁷".

1.5 Instrumentos Financieros.

La *Fedax v. Venezuela*¹⁸ y *CSOB, contra República Eslovaca*, en ambos casos, se demuestra que los instrumentos financieros como pagarés y préstamos, pueden ser considerados como inversiones.

Sin embargo, en *Joy Mining Machinery Limited v. La República Árabe de Egipto*, el tribunal arbitral declinó su jurisdicción considerando que las garantías bancarias no calificaban como inversión en virtud del tratado bilateral de inversiones.

1.6 Servicios. *SGS c. Pakistán*¹⁹ y *SGS c. Filipinas*,²⁰ en ambos casos, la demanda surgió de la falta de pago por parte de Pakistán y Filipinas respectivamente, de las facturas, supuestamente debidas a SGS, empresa suiza, en virtud de contratos para la prestación de servicios de inspección y certificación previa a la expedición.

En el asunto *SGS c. Pakistán*, el tribunal sostuvo que, la prestación de los servicios de inspección se encuadraba en el ámbito no exhaustivo y definición de inversión del TBI Suiza-Pakistán, que incluía reclamaciones de dinero, derivadas de derechos conferidos por ley o por contrato.

El Tribunal también hizo hincapié, en el hecho de que Pakistán confió a SGS la función de aumentar los ingresos financieros del Estado, mediante la puesta en

¹⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID Case No. ARB/00/4, aparatado 57 de la decisión.

¹⁸ *Fedax N.V. contra República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB / 96/3, Decisión sobre Objeción a Jurisdicción, 11 de junio de 1997, 37 ILM 1378 (1998).

¹⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v., Caso CIADI No. ARB / 01/13*, Decisión sobre la Objeción a la Jurisdicción, Pakistán, 6 de agosto de 2003.

²⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v, Caso CIADI No. ARB / 02/6*, Decisión sobre la Objeción a la Jurisdicción, Filipinas, 29 de enero de 2004

procedimientos confiables y simplificados, llevar a cabo investigaciones en aduanas de Pakistán, instruir a las autoridades aduaneras paquistaníes en técnicas de evaluación y aplicación de las normas aduaneras

1.7 Inversiones no fácilmente reconocibles

Asimismo, también existen inversiones que no resultan fácilmente reconocibles y que ameritan de un exhaustivo análisis y retrospección del verdadero sentido de la definición inserta de inversión en sus TBIs.

Tenemos jurisprudencia que refiere que la prestación de servicios profesionales o una operación de salvamento, podrían o no calificar como inversiones si cumplieran con algunos requisitos o características de fondo.

- En el arbitraje, Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo²¹, el Comité *ad hoc* que fue creado para presidir la anulación planteada, anuló en última instancia el laudo dictado inicialmente, sobre la supuesta expropiación del bufete de abogados del reclamante.

El Comité sostuvo que, el tribunal había "excedido manifiestamente su poder" y no había encontrado que el Sr. Mitchell había hecho inversiones en la República Democrática del Congo, según el TBI suscrito o el convenio del CIADI.

El comité recordó expresamente que, el caso en cuestión, no implicaba una inversión "fácilmente reconocible", ya que se refería a una empresa de asesoramiento jurídico establecida por un ciudadano estadounidense en la República Democrática del Congo, y por tal se consideró una operación bastante "poco común", desde el punto de vista del concepto de inversión, o lo que es lo mismo en palabras de Schreuer²², sería como "...calificar un contrato de este tipo como uno de consultor individual, y catalogarla esta como una inversión".

- En otro caso respecto a lo que puede o no ser fácilmente reconocido como inversión, el tribunal de Salvadores Históricos de Malasia,

²¹ Sr. Patrick Mitchell v., Caso No. ARB / 99/7, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo, República Democrática del Congo, 1 de noviembre de 2006.

²² Schreuer (n. 17) 140.

SDN, BHD contra Malasia,²³ declinó la jurisdicción, en un caso que implicaba una operación de salvamento de piezas de porcelana china antigua.

El inversor, Salvadores Históricos de Malasia, había recuperado 24000 piezas de porcelana china del Estrecho de Malaca a principios de los noventa, siendo que gran parte de la porcelana se vendió en subasta en 1995 por USD 2.98 millones.

Después de la revisión de casos anteriores, en los que se discutió la definición de inversión, consideró incluso hasta qué punto los signos distintivos de la inversión i) regularidad de los beneficios y beneficios; ii) las contribuciones en dinero, en especie y en industria; iii) la duración del contrato; iv) los riesgos asumidos en virtud del contrato y v) contribución al desarrollo económico de la entidad anfitriona, se habían logrado.

El Tribunal concluyó que el reclamante hizo contribuciones en dinero, en especie y en la industria, aunque, como ha señalado el demandado, su tamaño no era comparables a los encontrados en Salini, Bayindir y Jan de Nul o incluso en Joy Minería.

El hecho de que los contratos de salvamento en una base sobre “no-hallazgo-no-pago”, también mostró que los riesgos asumidos, bajo el contrato, no eran más que riesgos comerciales comunes asumidos por muchos salvadores en un contrato de salvamento.

El tribunal finalmente decidió que el tesoro recuperado no contribuía a la economía de Malasia habiendo decidido que el contrato de Salvamento histórico de Malasia con Malasia no constituía una inversión y que más que nada podría constituirse o catalogarse como un contrato de prestación de servicios.

Aunque finalmente, debemos advertir que la decisión del tribunal sobre la solicitud de anulación del laudo de 17 de mayo de 2007 planteado por Malasia Historical Salvors fue anulado.

II. CONTEXTO ACTUAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS -CASO BOLIVIA.

²³ Laudo arbitral CIADI ARB/05/10 El Gobierno de Malasia, Salvadores Históricos de Malasia *de 17 de mayo de 2007*.

Una vez visto el contexto de las inversiones extranjeras y como se relacionan los intereses económicos en base a los TBIs suscritos y además repasando una serie de actividades fácilmente o no reconocibles como inversiones, ahora pasamos a revisar el contexto de las inversiones extranjeras, caso Bolivia.

Es así que entre 1929 y 1950 la mayoría de las naciones latinoamericanas, con la posible excepción de Costa Rica, fueron más lentos en el cambio de cara al desarrollo de sus países sin dependencia externa.

En este periodo, se dieron dos cambios básicos²⁴.

“**Primero**, el modelo de crecimiento impulsado por las exportaciones de recursos fue parcialmente suplantado por una estrategia de industrialización mediante la sustitución de importaciones.

Segundo, el poder político detentado por las élites, cuya base era el campo, se vio progresivamente desafiado por una política de masas, frecuentemente populista, cuya base fueron las urbes concentrando a la mayoría de la población y encareciendo las tierras a favor de los propietarios de las mismas”.

Raúl Prebisch, en su revisión del largo periodo de crecimiento en Latinoamérica²⁵, identificaba la dependencia de materias primas en la región como la raíz del atraso en su desarrollo respecto a Europa y Estados Unidos, y como la causa de la inestabilidad crónica de la región.

Muchos consideraron moderadamente exitosa la denominada primera fase de la sustitución de importaciones, iniciada allá por finales de la década de los 60s inicios de los 70s en Latinoamérica.

Cuando las condiciones del crédito internacional se hicieron más rigurosas a finales de los 70s, los costos del préstamo extranjero se dispararon en espiral

²⁴ SACHS J. D., *Latinoamérica y el Desarrollo Económico Global, Bolivia en el siglo XX, la formación de la Bolivia Contemporánea*, La Paz, 1999.

²⁵ PREBISH, RAÚL, *Interpretación del Proceso de Desarrollo Latino- americano en 1949*, Santiago, 1973.

ascendente, lo cual generó que un país tras otro incumpliera con sus obligaciones y se dio la crisis internacional de la deuda de los años ochenta²⁶.

Sin lugar a dudas, desde los inicios de la década de los 80s, el fenómeno de la transnacionalización de las empresas adquiere importancia en los mercados, en el que el desarrollo tecnológico y científico, especialmente en lo relativo a comunicaciones e informática, permitió la formación de un mercado mundial capaz de sobrepasar las fronteras nacionales de manera que los gobiernos ya no pudieron intervenir fijando precios, cuotas de producción o regulaciones de cualquier tipo de manera unilateral.

En el documento “Deuda externa de América Latina. Balance de una década (1980-1990²⁷)” se identifican informes tanto de la CEPAL, Banco Mundial y otros organismos internacionales, que reflejan que países latinoamericanos durante las décadas anteriores procuraron un crecimiento económico estable, como México, Brasil y Argentina, y ya a inicios de la década de los 80s presentaban un severo endeudamiento con relación a su capacidad de pago y el servicio de la deuda.

Esta situación indudablemente abrió el debate sobre las políticas económicas implementadas y las que pudieran re encaminar el rumbo de los países, casi todos inclinándose a la realidad de la globalización y por tanto la importancia del capital financiero o económico y dejando solo para unos las buenas prácticas o políticas de bienestar social de los Estado.

La apertura comercial y la liberalización de los mercados financieros nacionales durante la década de los 80s fueron los primeros componentes que tuvieron una mayor difusión regional y por tanto cautivaron a los políticos de turno para asumir ciertas decisiones que antes no eran ni siquiera posibles en plantearlos dada la falta de conocimiento de las reglas de inversiones extranjera y su razón de ser en ese entonces.

Es así que, a partir de la década de los 90s, la globalización de la economía mundial fundamentada teóricamente en el neoliberalismo, promueve la libertad de los mercados, la libre circulación internacional de las mercancías y del capital, dejando poco a poco rezagado a los Estados de imponerse en sus decisiones o planificación empresarial.

²⁶ Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Perú, Uruguay, Venezuela, entre otros países de la región, terminaron en el incumplimiento parcial de su deuda.

²⁷ Alfredo Pérez Sánchez, Deuda Externa de América Latina, Balance de una década, cuadernos de estudios empresariales No 5, 243-269 Servicio de publicaciones UCM 1995.

América Latina fue la región que aplicó de manera más disciplinada las políticas económicas del Consenso de Washington, siendo así que los presidentes de Argentina, Brasil, México y Perú²⁸, resultaron los principales exponentes de esas políticas y que paradójicamente fueron dando luces e inicio a la creación del Mercosur allá por el año 1991.

Es a partir de esa década donde en América latina se van sucediendo algunos hechos que posteriormente abrirían otro tipo de oportunidades en términos de inversión extranjeras.

Las diferentes legislaciones como en Argentina, Perú y Bolivia a partir de la década de los 90s, promovieron la entrega en propiedad privada de los diversos recursos naturales, incluyendo valiosos recursos mineros, energéticos e hídricos, con la finalidad de atraer las inversiones extranjeras.

La apertura comercial, la liberalización financiera, la creación de un sistema de regulación a causa de la privatización de empresas estatales, sin duda, alteraron las reglas de juego hasta ese entonces previstas para el régimen laboral y la situación de negocios en estos países y la incursión en mayor grado de la IED²⁹.

Los cambios de políticas macroeconómicas que acompañaron a esas reformas necesarias generaron ventajas para unos y desventajas para otros, el incremento de exportaciones para quienes contaban con experiencia y capacidad de manejo de un negocio y el incremento para otros de las importaciones por su falta no solo de credibilidad en la esfera internacional sino el sometimiento de los gobiernos a condiciones impuestas por agentes externos.

A consecuencia de estos resultados, surgieron estructuras empresariales con alto capital extranjero o inversiones extranjeras en países como Brasil, México y Colombia que sin duda no solo modificaron el campo de acción en un plano individual de los países, sino que cambiaron quizá el rumbo de un proceso de integración regional iniciado una década antes.

²⁸ Carlos Menem (Argentina), Fernando Collor de Mello (Brasil), Carlos Salinas de Gortari (México), y Alberto Fujimori (Perú)

²⁹ El año 1993 se inicia la etapa de la capitalización de empresas estratégicas del Estado boliviano, en rubros como hidrocarburos, transportes, ferroviarios, aviación, minería y telecomunicaciones.

Ante este escenario, tres sectores son los ejes en torno de los cuales se da este nuevo régimen de acumulación que no hizo sino dejar en orfandad a los Estados y sobreproteger a los privados: el sector financiero, el complejo sectorial que abraza la informática, las telecomunicaciones y todo lo vinculado a las comunicaciones, y la industria de la cultura del mercadeo.

Si bien es cierto que la riqueza mundial creció significativamente durante las últimas dos décadas, también es evidente que la riqueza per cápita se redujo o se estancó en más de 20 países pertenecientes a varios grupos de ingresos, de acuerdo con un nuevo informe del Banco Mundial³⁰.

Las economías en transición se recuperaron aun después de que sus economías alcanzaran su nivel más bajo en 2016, siendo que la esperanza de que se mantuviera estable para los años siguientes, se redujo a una mínima expresión a partir de la declaración de pandemia al SARSCOV2 o COVID19 por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), cambiando todo el panorama esperanzador y recuperación económica que sin duda se vino abajo³¹.

Según el Banco Mundial,³² y en lo que respecta ya al siglo XXI, las inversiones extranjeras en los países en desarrollo habrían caído desde el 2013, salvo en América Latina, donde los flujos de inversión habrían sido ligeramente superiores a los de 2011 y donde indudablemente y para sorpresa de muchos las diferentes políticas públicas sobre inversión han generado cierta expectativa positiva en los mercados internacionales, sin embargo un escollo para lograr consensos sobre la atracción de inversiones extranjeras es la débil estructura de garantías o seguridad jurídica para los inversionistas.

Sectores como la energía eléctrica³³, las infraestructuras y el sector minero se encuentran en una posición de expectativa para inversionistas de todo el mundo y potencias económicas como la china, Unión Europea y Estados Unidos que mantienen un interés estratégico de invertir.

³⁰ The Changing Wealth of Nations 2018, world bank open knowledge

³¹ UNCTAD, La Inversión y la tecnología Digital, 2017 Naciones Unidas, Ginebra- Suiza.

³² Informe anual 2012, banco Mundial, octubre 2012, pag. 67 y sgts.

³³ La región latinoamericana ofrece ventajas con respecto a la demanda energética y una oferta a nivel hidroeléctrico, eólico, solar y biodisel.

No obstante, a pesar de las oportunidades, el escollo de falta de seguridad jurídica³⁴, en países latinoamericanos incluidos Bolivia, que si bien no solo mostraron en los últimos 10 años cierta estabilidad e incluso crecimiento económico, abre el debate de si es o no necesario reforzar la labor regulatoria en torno a inversiones extranjeras en particular.

III. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS POST COVID19.

Quizá una entre muchas situaciones en el mundo que deberán cambiar a partir de lo acontecido a nivel mundial en relación al virus de la Covid19, será priorizar la incursión de la inversión extranjera en los países, quizá reforzarla, pero ante todo redirigirla hacia una dirección que conduzca hacia un bienestar social más acentuado.

La Unión Europea está liderando la tendencia global de controlar las inversiones extranjeras en ciertos sectores, o proteger su economía y empresas, la economía norteamericana como recientemente otras economías como Australia están tomando medidas para proteger sus mercados, medidas que quizá otras grandes economías como la rusa, japonesa o países nórdicos estarán en breve de aplicarlas.

Ahora bien, esta crisis de la atracción de inversiones no solo se da a consecuencia de la pandemia de la Covid19, sino que se asienta mucho más a partir de algunos cambios instaurados como consecuencia de las políticas norteamericanas relativas a las inversiones y la sobreprotección de sus compañías frente a su competencia internacional, y ello sumado a la agresiva guerra comercial multilateral de los últimos 4 años, parece haber cambiado la percepción de la Unión Europea y otros países sobre cómo proteger a sus grandes compañías y sus sectores estratégicos frente a otros bloques comerciales y economías líderes como la China y norteamericana principalmente.

³⁴ No debemos olvidar que el 2 de mayo de 2007, el Banco Mundial recibió una notificación escrita de denuncia de la Convención sobre la Solución de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI) de la República de Bolivia; siendo que de conformidad con el artículo 71 del Convenio del CIADI, la denuncia surtió efecto seis meses después de la recepción de la notificación de Bolivia, es decir, el 3 de noviembre de 2007.

En el caso de la Unión Europea, no debemos olvidar que las recomendaciones a los Estados Miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452³⁵, llama a los Estados Miembros a: “utilizar plenamente desde ahora sus mecanismos de control de las IED con el fin de tener plenamente en cuenta los riesgos para las infraestructuras sanitarias esenciales, el suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos, como se prevé en el marco jurídico de la UE”.

Las referidas orientaciones sobre inversión Extranjera Directa en el ámbito de integración de la Unión Europea de 26/03/2020 establecen que: “..en el caso de que la inversión extranjera de terceros países en empresas con valoraciones en los mercados de capitales que se consideren muy por debajo de su valor real o intrínseco, podría examinarse la posibilidad de introducir restricciones teniendo en cuenta el impacto real o potencial de esas inversiones en la salvaguardia de los mencionados intereses públicos³⁶.

Nótese que, hasta acá, estas orientaciones están ligadas a una regulación especial de la inversión extranjera directa en general³⁷, lo cual significaría que no solo nuevas tendencias sobre la comprensión de la importancia de las inversiones extranjeras han emergido, sino que ante su existencia la nueva era de control y regulación implícita que debe ejercer el Estado podría predominar.

Ahora bien, en España por ejemplo, un país que además estos últimos 25 años ha estado en consonancia en la permisión de la atracción de inversiones y también siendo inversor en el extranjero a través de sus compañías en otros países, en base a estas orientaciones de la UE referidas con anterioridad, y en el contexto de la crisis de la COVID-19, parece haberse acercado a las tesis de los Estados Unidos, la Unión Europea como bloque y otras economías sobre la necesidad de controlar las inversiones extranjeras y proteger sus compañías de forma indefinida.

³⁵ Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas publicada como Comunicación de la Comisión el 26 de marzo de 2020

³⁶ Por ejemplo, si pueden dar lugar a una dependencia excesiva de los inversores extranjeros de terceros países para la prestación de suministros o servicios de carácter esencial.

³⁷ Si bien están ligadas directamente al tema de atención sanitaria y análogos, no es evidente que esto puede dar lugar más adelante de re pensar y re definir estrategias más complejas para proteger todo un tejido empresarial y a las grandes compañías de las grandes potencias.

Por ejemplo, tenemos el Real Decreto-ley 8/2020, del 17 de marzo, modificado y complementado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que adopta medidas urgentes y extraordinarias para mitigar el impacto socio-económico del brote pandémico del COVID-19 tomándose medidas adicionales respecto de determinadas inversiones extranjeras directas en España.

Cabe recordar que antes de esta regulación a la IED, las inversiones extranjeras estuvieron reguladas por el Decreto 664/1999 y la ley 19/2003 sobre movimientos de capital y transacciones económicas con el exterior que establecía un régimen general de liberalización.

Esta nueva regulación sui generis en España, no emerge de una decisión unilateral del gobierno sino de la adopción conjunta de los países de la UE³⁸ que establecen la suspensión del régimen de liberalización para ciertas inversiones extranjeras directas en determinados sectores estratégicos de sus economías y que de cierto modo si no se ejerciera un control o regulación efectiva, podrían afectar a la seguridad nacional, al orden público y a la salud pública.

Este reglamento entre sus aportes considerativos más relevantes, refiere que:

“La inversión extranjera directa contribuye al crecimiento de la Unión mediante el fortalecimiento de su competitividad, la creación de empleo y economías de escala, la aportación de capital, tecnologías, innovación y conocimientos especializados, y la apertura de nuevos mercados para las exportaciones de la Unión.

Actualmente no existe ningún marco global a escala de la Unión para el control de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad o de orden público, mientras que los principales socios comerciales de la Unión ya han elaborado tales marcos.

El presente Reglamento debe abarcar una amplia gama de inversiones que establecen o mantienen vínculos duraderos y directos entre inversores de terceros países, incluidas entidades estatales, y empresas que realizan una actividad económica en un Estado miembro.

³⁸ Al respecto tenemos el Reglamento UE 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, mismos que establecen un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea sobre la base de la seguridad o el orden público.

Para determinar si una inversión extranjera directa puede afectar a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la Comisión deben poder tener en cuenta todos los factores pertinentes.

A más tardar el 12 de octubre de 2023, y posteriormente cada cinco años, la Comisión debe evaluar el funcionamiento y la eficacia del presente Reglamento y presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe debe incluir una evaluación de si el presente Reglamento necesita o no una modificación”.

Ahora bien, y como lo manifestado con anterioridad, no solo es España, o países miembros de la Unión que aplicaran criterios de protección de sus economías a partir de ahora, sino que se abre la posibilidad de que incluso nos encontremos en una nueva era o tendencia de atracción de inversiones y protección de las mismas, lo cual nos debe permitir generar alternativas mucho más razonables y equilibradas entre los intereses de quienes participen en ellos.

Muchos países latinoamericanos han comenzado una apertura de sus mercados al mundo desde los 80s, como una especie de invitación de que se invierta en sus territorios mas que en otras partes del mundo, esta apertura logró que grandes corporaciones y multinacionales ingresen a los mercados locales.

Poco o casi ninguna voluntad de mantener a la empresa estatal existió desde aquel entonces, muchas de ellas fueron privatizadas o mal capitalizadas, y poco a poco se fue desestimulando a que el Estado incursione con sus empresas en un mercado o sea parte de un proceso de reactivación del aparato productivo.

Sin embargo, poco a poco y a partir del siglo XXI, muchos países latinoamericanos han retomado la estatización empresarial, la nacionalización de la economía, y la desacreditación de la inversión extranjera, lo cual condujo no solo a una denuncia al CIADI de países como Venezuela y Bolivia sino el inicio de una serie de procesos arbitrales, que paradójicamente a esos intereses enfrentados, al día de hoy aun continúan las relaciones de negocios.

Sin duda, esta pandemia sanitaria producto de la Covid19, esperemos genere cambios dentro de marcos jurídicos, donde las inversiones extranjeras sean consideradas no peligrosas, pero si necesarias, y que mejor si el Estado pueda afrontar el desafío de capitalizar sus intereses o de ofrecer capitalizar sus empresas de la mano de inversiones

extranjeras y a partir de ello se genere esa nueva tendencia de las inversiones extranjeras viéndolo desde el punto de vista de la empresa mixta.

Este tipo de inversión extranjera directa, no significara el dejar de promover y atraer o peor garantizar a los inversionistas extranjeros y/o su inversión directa de la manera clásica que hasta nuestros días se lo realiza, sino que quizá pueda incluso mejorarse la situación y adecuar sus características frente al actual sistema internacional de inversiones.

Para ello, no solo sería necesario sino imprescindible reafirmar la importancia de los tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones, que no solo deberán proliferar sino adecuarlos a la nueva era y a las nuevas reglas y necesidades de los pueblos, emergiendo entonces de esa manera la nueva tendencia de atraer inversión extranjera de la mano del Estado Receptor, y donde el aspecto regulatorio será fundamental y prioritario adecuarlo o re adecuarlo.

IV. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES Y UNA VISIÓN GENERAL SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS EN BOLIVIA.

Bolivia un país con un poco más de un millón de km², y con una población de no más de 11MM, incluye dentro de su territorio ingentes riquezas naturales, además de riquezas no renovables incalculables como limitadas³⁹.

Cualquiera pensaría que con estas características más bien debiéramos ubicarnos en la media de países industrializados, desarrollados y progresistas, aun sea latinoamericanos, pero la realidad es que si bien hemos mejorado también en muchas áreas hemos empeorado y una de ellas es en la atracción de inversiones extranjeras.

No es desconocido que Bolivia como muchos países latinoamericanos, fueron tradicionalmente gobernados por gobiernos militares y dictatoriales y sus economías

³⁹ Bolivia cuya superficie dobla a países como Francia o España, cuenta en su haber riquezas como minerales, recursos hídricos, gas además de litio y una variedad maderera que la posicionan como un país con mucho futuro para la atracción de inversiones principalmente extranjeras.

fueron impulsadas por intermedio de multinacionales, aristócratas propietarios de minas⁴⁰ y grandes terratenientes.

Es a partir de finales de los 80s, que se inició la etapa de privatización y la liberalización de la economía, paralelamente se inició una etapa de integración en Latinoamérica, y el inicio posteriormente a finales del siglo pasado de una etapa de capitalización de empresas estratégicas que conllevó al punto de inflexión respecto a reconocer o no la legitimidad de la venta no solo de empresas estatales sino de los recursos naturales de propiedad de todos los bolivianos.

Como un hecho con algún precedente similar anterior⁴¹, el 1ro de mayo de 2006 y aun bajo la vigencia de la constitución de 1994, el ex mandatario Evo Morales emitió el Decreto Supremo 28701 relativo a la nacionalización de toda la cadena hidrocarburífera hasta ese entonces bajo manos y propiedad de empresas extranjeras, permitiendo por tanto recuperar en favor del Estado boliviano la posesión, propiedad y control total de estos recursos.

A partir de ello, un nuevo modelo de Estado ha comenzado a regir Bolivia, y consolidado a partir del 2009 y la vigencia legítima de la actual Constitución boliviana, donde el rumbo de la economía nacional se caracteriza sobre todo bajo un contexto de economía plural, reconociendo si bien a las diversas formas de empresa, pero sobre todo dándole un espacio prioritario a las decisiones del Estado para la reactivación de la economía y la reactivación del aparato productivo principalmente.

Ante esta situación, aspectos como la denuncia al CIADI, la aprobación de una nueva ley de inversiones, sumado a ello una nueva ley de arbitraje y conciliación en relación a inversiones y las restricciones constitucionales para permitir atraer inversiones extranjeras al país, quizá deban hacer reflexionar de que el camino hacia el desarrollo no se encuentra solamente a lo que puede el Estado asumir, sino que bajo su dirección y control pueda requerir de compañías e inversiones extranjeras que puedan coadyuvar a la generación de bienestar social, y que mejor sea de la mano del Estado de manera conjunta en mismo emprendimiento.

⁴⁰ Aramayo, Hotschild y Patino fueron los barones del Estaño y que prácticamente su poder económico hizo que, si bien no gobernaran el país, las decisiones que se asumían por los gobiernos estaban sujetos a lo que los mismos puedan o no opinar al respecto.

⁴¹ Durante el gobierno de Alfredo Ovando Candía a finales de los 60s, se emitió el decreto supremo de nacionalización de la gulf oil company en Bolivia, habiendo el Estado boliviano indemnizado al inversor extranjero con un monto de aproximadamente 50MM de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Ahora bien, la actual Constitución Política del Estado Boliviano, sin bien en ningún artículo se prohíbe a la inversión extranjera, si la delimita o restringe poniendo énfasis principalmente a los recursos naturales (hidrocarburos en particular) y su propiedad, disponiendo en el artículo 349 que estos recursos son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo.

Se enfatiza asimismo en el texto constitucional, que el Estado, asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales, pero podrá suscribir contratos de asociación de economía mixta con personas jurídicas, bolivianas o extranjeras, para el aprovechamiento de los recursos naturales, debiendo asegurarse la reinversión de las utilidades económicas en el país.

Si bien es cierto que bajo este paraguas constitucional muchas empresas extranjeras del área hidrocarburífera plantearon procesos arbitrales, también es evidente que nuevos contratos fueron firmados posteriormente bajo el paraguas de creación de empresas mixtas y participación mayoritaria del Estado en todas las cadenas de hidrocarburos, no obstante, al final las labores de exploración y explotación cayeron a índices quizá de los más bajos de los últimos 25 años⁴².

Algunas limitaciones constitucionales adicionales a las legales (ley de arbitraje 708/2015, ley de inversiones 516/2015) que priorizan la inversión nacional antes que la extranjera y someten a jurisdicción nacional y no extranjera asuntos sobre inversiones en el marco constitucional actual independientemente el rubro del cual se tratasen (minería, gas, hidrocarburos, madera) que impiden a los inversores extranjeros incursionar en el mercado boliviano a plenitud son:

4.1 Recursos naturales

En el marco del artículo 311.2 de la Constitución Política del Estado, los recursos naturales en general son de propiedad del pueblo boliviano, pero ¿de qué recursos nos referimos? El artículo 348 numeral I refiere "...a los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la

⁴² Los mayores campos de explotación de gas e hidrocarburos en Bolivia, sábalo, Huacaya e Incahuasi margarita, y san Alberto ubicadas en los departamentos de Chuquisaca, Tarija y santa cruz, son exploraciones ya realizadas en la década de los 90s y las últimas dos explotadas desde ese entonces.

biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento”.

De igual manera el artículo 349 numeral I reafirma que, los recursos naturales son de propiedad y dominio directo indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo”.

Por lo cual, cualquier tipo de interés que se tenga por parte del inversor extranjero en el rubro del cual se trate e independientemente la finalidad social que pueda estar implícito en su cometido, tiende en algún momento de que el Estado en su amplia visión de protección de sus recursos pueda apelar y tomar decisiones nacionalizadoras o estatizadoras y con ello también ostentar la capacidad jurisdiccional para defender sus derechos e intereses.

Aspecto el anterior, que indudablemente ata de manos y pies a inversores extranjeros, de pensar dos o tres veces antes de ser atraídos de una u otra forma para invertir en Bolivia que independientemente a ser un país rico en recursos es un país con un mercado pequeño y quizá no muy apetecible de desarrollarlo y si las garantías que puedan ofrecerse como seguridad jurídica no son del todo claras, las probabilidades de inversión real en cualquier sector de la economía son pocas.

4.2 Reconocimiento a la propiedad privada

Si bien es cierto que el derecho a la propiedad privada en forma de empresas se halla amparado por la Constitución (artículo 308 Núm. I), su incursión o explotación e incluso participación en sectores estratégicos de la economía boliviana no se halla totalmente garantizada e incluso puede encontrarse comprometida.

Ahora bien, este derecho de reconocimiento de propiedad privada o el ejercicio de la libre empresa dentro de la economía plural establecida en el artículo 308 II, se halla limitada si la actividad que realice genere cierta acumulación en grado que ponga en peligro a la soberanía económica del Estado, conforme el artículo 312 numeral I lo establece.

Sin embargo, no existe pronunciamiento de interpretación legal menos constitucional sobre cuándo y qué se entiende por “una acumulación en grado de poner en peligro la soberanía del Estado”.

De la misma forma, es conocido que cuando uno incursiona en el ámbito empresarial el resultado final debe ser el beneficio económico, por lo cual si alguien decidiera participar en la economía nacional, en este caso a través de la IED, corre el riesgo de que si el negocio es rentable, podría poner en peligro la soberanía económica del Estado, y por tanto razón suficiente para su expropiación como consecuencia de un interés nacional, conforme los preceptos establecidos en la misma constitución.

4.3 Sectores estratégicos de la economía

La CPE boliviana es clara en referir que el Estado ejerce el control de estos sectores, cito artículo 316 núm. 3 y que además asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos como refiere el artículo 351 núm. I.

Aumenta la incertidumbre e inseguridad jurídica para los inversores extranjeros cuando el artículo 356 taxativamente refiere a que las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales no renovables tendrán el carácter de necesidad estatal y utilidad pública.

Por lo cual, se abre la brecha de que aún se invirtiera a través de las inversiones extranjeras, en cualquier momento y ante la necesidad estatal y utilidad pública el Estado pueda tomar decisiones políticas que perjudiquen los intereses del bien mayor, en este caso la sociedad en su conjunto.

En el caso de los hidrocarburos, el candado se encuentra aún más hermético en el propósito de que generen mayores compromisos de inversión y mejores condiciones para el inversor, cuando el artículo 359 Núm. I, refiere a que cualquiera sea el estado que se encuentren los mismos, son de propiedad inalienable e imprescriptible del pueblo boliviano y por tanto el Estado.

De igual forma, se cierra alternativa paralela u opción más favorable a los inversionistas cuando el Núm. II del referido artículo señala que ningún contrato, acuerdo o convenio, de forma, directa o indirecta, tácita o expresa, podrá vulnerar total o parcialmente lo establecido en el presente artículo y que además en el caso de vulneración, los contratos serán nulos de pleno derecho y quienes los hayan acordado, firmado, aprobado o ejecutado, cometerán delito de traición a la patria.

4.4 Territorio indígena originario

Un asunto indudablemente sensible es aquel referido a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos y todo lo que concierne no solo como territorio sino a sus recursos e incluso a su libre determinación como así lo refleja no solo la CPE sino la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y aborígenes.

Recordemos que la Constitución política del Estado boliviano realza la presencia de estos pueblos, y destaca el derecho de estos de participar activamente en decisiones que de una u otra manera afecten su cotidianidad, su cultura, sus tradiciones, costumbres y sus usos tradicionales.

Asimismo, tenemos la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 61/295 “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” que entre otras consideraciones se halla *“convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades⁴³”*.

En esa misma línea el artículo 23 de la referida declaración señala que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho, al desarrollo y en particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Asimismo, el Artículo 26 Núm. 1 de la referida Declaración, dispone que los pueblos indígenas no solo tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido, sino que los Estados aseguraran el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos.

Bajo esa misma línea de reconocimiento y protección de derechos a estos pueblos, la CPE boliviano en este sentido es quizá de los Estados que más fuertemente

⁴³ Preámbulo párrafo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

se identifica con la lucha y defensa de los derechos de los indígenas y por tal no solo reconoce la libre determinación de estos pueblos sino también los derechos que recaen en favor de estos es relación principalmente sobre los recursos naturales.

En relación a la gestión territorial indígena autónoma y el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, el artículo 30 párrafo II numeral 17, enfatiza en que el Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígenas sobre este particular.

El Artículo 319 de la CPE, en lo que a la industrialización de los recursos naturales se trata, establece que será prioridad en las políticas económicas, no solo el respeto y protección del medio ambiente sino el respeto y protección de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios.

Por su parte el artículo 352, establece que la explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada y que si esta explotación estuviera en territorios de estos pueblos la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.

Del mismo modo, el artículo 385 en lo que a las áreas protegidas se refiere, señala que se constituyen en un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país y que donde exista sobreposición de áreas protegidas y territorios indígena originarios campesinos, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas.

Asimismo, y sobre las áreas forestales el artículo 388 dispone que las comunidades indígenas originario campesinas situadas dentro de estas áreas serán titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión.

Finalmente, el artículo 403 reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios.

CONCLUSIONES.

- ✓ Sin duda el derecho internacional de las inversiones ha ido evolucionando en el tiempo y sin duda evolucionará aún más en sentido de búsqueda de mayor protección y/o sobreprotección de los intereses empresariales, por lo cual se hace necesario crear mecanismos de promoción, atracción adecuados para el bien de quienes participen activamente en este tipo de negocios jurídicos internacionales y sus directos e indirectos beneficiarios.⁴⁴
- ✓ El derecho internacional de las inversiones, procura ante todo imponer los principios de respeto y soberanía de los pueblos como un enlace directo mediante el cual se proyecten grandes resultados a través de la suscripción de TBIs, donde sin duda y a pesar de una diplomacia efectiva de los pueblos, si no existen las condiciones jurídicas que blinden una seguridad efectiva, a pesar de las buenas intenciones de las partes, las consecuencias no serán positivas judicial o extrajudicialmente.
- ✓ Uno de los grandes desafíos en el marco anterior, y en el caso boliviano, será promover espacios y formas legales en el marco constitucional en relación al uso, aprovechamiento y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, en especial aquellos donde se sitúan los territorios de los pueblos indígenas originarios, y que a partir de ello se pueda promover una efectiva y garantizada seguridad jurídica para las inversiones extranjeras.

Finalmente, y ante el panorama en el que nos encontramos en relación a las inversiones extranjeras, estamos convencidos de que la reforma constitucional y la modificación legal son necesarias, así como lo son también:

1. La suscripción de nuevos tratados bilaterales de inversión que impulsen esa labor dual entre Estado e inversionista extranjero en un mismo emprendimiento, y;
2. La creación de un sistema de regulación de inversiones extranjeras en Bolivia en emprendimientos estatales, que no solo marcaría un

⁴⁴ Cuando nos referimos en crear mecanismos de promoción y atracción de inversiones con respecto a este artículo, nos referimos principalmente en la sinergia entre público y privado en un mismo emprendimiento, donde el fin último es beneficiar no solo a ambas partes sino el consumidor final para generar mayor bienestar social.

hito en la historia del derecho internacional de las inversiones, sino un después muy prometedor generador de riqueza para unos y otros.

Para lo cual y ante estas dos necesidades referidas, se hace imprescindible una reforma de la CPE que permita una mayor atracción y protección de la inversión extranjera en Bolivia.

Bibliografía

- ALFREDO PÉREZ SÁNCHEZ, *Deuda Externa de América Latina, Balance de una década, cuadernos de estudios empresariales* No 5, 243-269 Servicio de publicaciones UCM 1995.
- ANDREFF, WLADIMIR, *les multinationales globales, collection Repères* (La Découverte 2003.
- ANTONY ANGHIE, “*Sovereignty and the making of International Law*”, Cambridge studies in international and corporate law, series number 37, 2005.
- ARNAUD DE NANTEUIL, “*Droit international de l’investissement*“, edit. A. Pedone, 2020.
- CAIVANO ROQUE, *Arbitraje*, segunda edición actualizada y ampliada, editorial ad hoc SRL, Buenos Aires 2000.
- CANO MARIA ANGELES, *Las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales: El caso español*, edit. Isolma, 2009.
- CHESNAIS FRANÇOIS, *La Mondialisation du capital - Syros*, 1994 (première édition), 1997 (édition augmentée)
- HILL CHARLES: *competencia en un mercado global- “Negocios Internacionales”*, edit. McGraw Hill inter americana.
- DOLZER RUDOLF Y CHRISTOPH SCHREUER, *Principles of international Investment Law*, 2nd Revised edition, Oxford University Press, 2012
- DIAZ Luis Miguel, *Arbitraje-Privatización de la Justicia*, segunda edición actualizada, editorial Themis, México 1998.
- FERNANDEZ LIESA CARLOS, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva Histórica*, edit. Civitas 2013.
- GLENN MARIE LANGE, QUENTIN WODON, KEVIN CAREY, world bank open knowledge, “*The Changing Wealth of Nations 2018, building a sustainable future*”, edit. 2018.

- JEZWALD W. SALACUSE, *the Law of investment treaties*, Oxford University, press 2010.
- LE PERA SERGIO, *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea 1974.
- LEBEN CHARLES, “*L’évolution du droit international des investissements, et de L’arbitrage transnational*”, edit. A. Pedone, 2015.
- MANOVIL MARIANO RAFAEL, *Grupo de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1998.
- MANTORREL EDUARDO ERNESTO, *Los grupos económicos y de sociedades*, Ad Hoc, Buenos Aires 1991.
- NEWCOMBE, A. y PARADELL L, *Law and practice of investment treaties*, países bajos, Kluwer Law international 2009.
- NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER, *international arbitration*, student version, Oxford university press, 2015.
- PREBISH, RAÚL, *Interpretación del Proceso de Desarrollo Latino- americano 1949*, serie conmemorativa del xxv aniversario de la CEPAL, Santiago, 1973.
- SACHS J. D., *Latinoamérica y el Desarrollo Económico Global, Bolivia en el siglo XX, la formación de la Bolivia Contemporánea*, La Paz, 1999.
- SAUVANT K.P., *Appels Mechanism in International Investment disputes*, New York, Oxford University Press 2008.
- SCHREURER CH y KRIEBAUM U., *The concept of Property in Human Rights Law and international Investment Law*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zurich, Dike 2007.
- SCHREURER CH. Y WEINIGER M., *A doctrine of precedent*, Oxford handbook of international Investment law, New York, Oxford University Press 2008.
- SORNARAJAH M., *Resistance and change in the international law on foreign investment*, Cambridge University press, 2015.
- TABOADA CORDOVA LIZANDRO, *La causa del Negocio Jurídico*, Editorial San Marcos, Lima 1999.

Laudos arbitrales y revistas o informes internacionales

- Fedax N.V. contra La República de Venezuela, caso CIADI ARB/96/3.
- Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A contra Reino de Marruecos, caso CIADI ARB/00/4.
- Laudo arbitral Phoenix Action Ltda contra Republica Checa, puntos 100 y 101.
- PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation y Konya Ilgin Elektrik Üretimve Ticaret Limited Sirketi v. República de Turquía, Caso CIADI No. ARB / 02/5 de junio de 2004.
- M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Caso CIADI No. ARB / 03/6, Premio, Inc. v. República del Ecuador, 31 de julio de 2007.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v., Caso CIADI No. ARB / 01/13, Decisión sobre la Objeción a la Jurisdicción, Pakistán, 6 de agosto de 2003.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v, Caso CIADI No. ARB / 02/6, Decisión sobre la Objeción a la Jurisdicción, Filipinas, 29 de enero de 2004
- Patrick Mitchell v., Caso No. ARB / 99/7, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo, República Democrática del Congo, 1 de noviembre de 2006.
- El Gobierno de Malasia, Salvadores Históricos de Malasia SDN, BHD v. Caso CIADI No. ARB / 05/10, Malasia, laudo de 17 de mayo de 2007.
- Barcelona Traction Light and Power Company Bélgica contra España 5 de febrero de 1970.
- Compa a de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra Argentina, CIADI, caso número ARB/97/3 sentencia agosto 2007.
- Fondo Monetario Internacional (2009): *“Perspectives  conomiques régionales. Afrique subsaharienne : Retour à une croissance forte”* Washington :22-23
- UNCTAD, “La Inversión y la tecnología Digital, 2017”, Derechos reservados Impreso en las Naciones Unidas, Ginebra- Suiza.
- UNCTAD - "Development implications of international investment agreements", Monitor, N  2 /2007/2).

- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados- Convenio CIADI.

- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD AMERICANO EN EUROPA¹

THE AMERICAN CONVENTIONALITY CONTROL IN EUROPE

Gabriel Alejandro Ramos Zantalla²

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En el presente artículo se realizará una aproximación a la figura del Control de Convencionalidad, visto tanto desde la óptica de su sistema fuente que se remonta al Interamericano de Protección de Derechos Humanos, así como desde las vertientes de protección de derechos humanos que existen en el continente europeo. Una vez enmarcada esta figura dentro de ambos sistemas anteriormente indicados, a través de un análisis tanto de jurisprudencia como de doctrina importante en el ámbito de ambos continentes, se realizará una comparación entre ambos incidiendo en la aplicación de esta figura jurídica dentro de su orden interno, con sus técnicas y herramientas utilizadas propias de cada uno de los sistemas: interamericano (Organización de Estados Americanos) y europeo (Consejo de Europa), pero además, en el marco de la Unión Europea. Los grandes tribunales internacionales, tanto americanos como europeos juegan un rol fundamental para la comprensión de esta figura del Control de Convencionalidad, por lo que dicho análisis girará en torno a sus pronunciamientos más emblemáticos. Finalmente culminaremos el presente artículo con lo que acontece actualmente en el sistema jurídico español en relación con este control de convencionalidad y la particularidad existente hoy en día en este Estado.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, tribunales internacionales, tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho interno, derecho nacional,

¹ Artículo recibido el 02 de octubre de 2020 y aprobado el 16 de diciembre de 2020.

² Egresado del Máster en Estudios Avanzados de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid.

ordenamiento jurídico internacional, derecho internacional, control judicial, control internacional, Consejo de Europa, Unión Europea.

ABSTRACT

In this article, some approaches will be made to the figure of Conventionality Control, seen both from the perspective of its source system that goes back to the Inter-American Human Rights Protection, as well as from the aspects of human rights protection that exist in the European continent. Once this figure has been framed within both aforementioned systems, through an analysis of both jurisprudence and important doctrine in the field of both continents, a comparison will be made between both, affecting the application of this legal figure within their internal order, with its own techniques and tools used in each of the systems: inter-American (Organization of American States) and European (Council of Europe), but also within the framework of the European Union. The large international courts, both American and European, play a fundamental role in understanding this figure of Conventionality Control, so this analysis will revolve around its most emblematic pronouncements. Finally, we will conclude this article with what is currently happening in the Spanish legal system in relation to this control of conventionality and the particularity that exists today in this State.

KEYWORDS: Human rights, international courts, national courts, international treaties, domestic law, national law, international legal order, international law, judicial control, international control, Council of Europe, European Union.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, O CORTE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. II. EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” EN EL ÁMBITO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS O TRIBUNAL DE ESTRASBURGO (TEDH). 2.1. Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos. 2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.3. Control de Convencionalidad por el Tribunal de Estrasburgo. 2.4. Caso Siliadín vs. Francia. 2.5. Caso X e Y vs. Países Bajos. III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA O TRIBUNAL DE

LUXEMBURGO. 3.1. Caso Simmenthal. 3.2. Caso Costa vs. Enel. IV. EL CASO DE ESPAÑA. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

La figura del “Control de Convencionalidad” está revolucionando el basto mundo de la defensa y protección de los derechos humanos a nivel internacional. Si bien es cierto, a nivel interamericano viene teniendo una presencia muy importante al ser su continente de origen y los derechos humanos de las personas de dicho continente gozan de una protección adecuada acorde a estos parámetros impuestos por el tribunal encargado de su protección, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ahora son también los tribunales internos de cada Estado, que ha ratificado la Convención Americana, que hacen uso de este instrumento para tal fin dentro del ámbito de ejercicio de su jurisdicción.

No es ajeno, entonces, que dentro de los otros diversos organismos o tribunales de otros continentes, como el europeo, por ejemplo, se hallen fórmulas que signifiquen una protección similar que la que ofrece el sistema interamericano con su control de convencionalidad, como el primigenio sistema europeo de protección de derechos humanos cuyo órgano, quizá más importante en temas de jurisdicción, lo conforma el Tribunal de Estrasburgo; y, por otro lado, dentro del ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo que sin considerarse un sistema de protección de derechos humanos como tal, en su función diaria es cierto que, en gran medida, resuelve litigios que involucran derechos fundamentales.

En ese contexto, el presente artículo tiene la finalidad de realizar un estudio comparativo sobre la figura del control de convencionalidad originario del sistema interamericano, con sus pares o similares figuras que se utilizan en el continente europeo desde el ámbito de aplicación y jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo y a la vez del Tribunal de Luxemburgo, para que, de alguna manera, determinar que los ciudadanos europeos cuentan con un nivel de protección de sus derechos humanos en tal grado como ocurre en el ámbito de la Corte de San José de Costa Rica, observando las

peculiaridades de cada uno de estos dos últimos Tribunales europeos, partiendo, principalmente del análisis de algunos casos relevantes y posteriormente observar cómo algunos Estados adscritos al uno y al otro vienen aplicando estas fórmulas similares al control de convencionalidad americano en los dos sistemas de protección de derechos humanos europeos, dentro de ellos España, que tiene una peculiaridad muy actual.

I. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, O CORTE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA:

Es importante iniciar el presente artículo recordando que, como lo dice el autor Gonzales Domínguez, “no existe ningún artículo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) que establezca una obligación para todas las autoridades de los Estados parte de la misma de interpretar las normas de derecho nacional de conformidad con los estándares del Corpus Iuris Interamericano, o de evitar la aplicación de dichas normas en caso de no ser posible la realización de una interpretación conforme”³. En ese sentido, el concepto de ‘Control de Convencionalidad’ ha sido una invención creada íntegramente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su labor interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como principal instrumento normativo dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como es ya de común conocimiento, dicha institución surge a partir del caso ‘Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile’ del 26 de septiembre de 2006, no obstante, también es cierto que tres años antes a la emisión de esta sentencia un ex miembro de la CIDH, Sergio Ramírez⁴, hizo una mención, aunque muy superficial, de esta figura. No obstante, la aparición más formal que tuvo y que catapultó al control de convencionalidad como una figura muy importante, no solo dentro del derecho

³ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ P. “Antecedentes de la doctrina del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho Procesal Constitucional en perspectiva histórica*, 1ra edición, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juan Antonio Magaña de la Mora y Emmanuel Roa Ortiz. (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018), 1-17.

⁴ Cuando fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala del 25 de noviembre de 2003, fundamento 27.

internacional interamericano sino también dentro del derecho nacional de los Estados que ratificaron la CADH, fue con el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, que expresamente indica lo siguiente:

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*⁵. (Sombreado propio).

En ese sentido, el control de convencionalidad surge como una institución relativamente joven dentro del ordenamiento jurídico internacional de protección de los derechos humanos en América, con una vigencia de no más de 15 años desde que por primera vez se habló de ella en un caso sujeto a la jurisdicción de la CIDH, y que, desde aquel momento, ha ido enriqueciéndose de teoría y epistemología a través de la reiterada jurisprudencia que emite la propia Corte en el ejercicio de sus funciones. Conociendo, al menos jurisprudencialmente, los orígenes de esta figura jurídica, y para poder tener una noción más amplia sobre esta, es preciso citar al maestro Rey Cantor, en su conocidísima doctrina sobre el control de convencionalidad, cuando señala que “el Control de Convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados -aplicables-, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un *examen de confortación normativo* (derecho interno con el

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile del 26 de septiembre de 2006, fundamento 124.

tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana. [...]. A su vez el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado, mediante un *examen de confrontación normativo* (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana⁶. El autor aborda este concepto tomando en cuenta dos clases de concepto, el presentado en sede internacional y el presentado en sede nacional, siendo el primer párrafo de este concepto el internacional y el segundo, el concepto presentado en sede nacional. constituyendo el concepto más general que se le otorga al Control de Convencionalidad.

Con este mejor panorama de lo que implica el control de convencionalidad en la circunscripción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es importante también, manifestar que a lo largo de los años, y mediante una serie de sentencias importantes emitidas por la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, se ha logrado consolidar una doctrina propia proveniente del propio tribunal internacional (CIDH), pues a través de ellas se ha puesto de manifiesto una serie de características adicionales con las que cuenta el control de convencionalidad. Es así que, por ejemplo, y sin ahondar o realizar un análisis pormenorizado de cada uno de estos posteriores pronunciamientos, encontramos que tan solo a meses posteriores de la sentencia del caso Almonacid Arellano contra Chile, se emite la sentencia del caso de Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú, donde manifiesta que el Poder Judicial de los países que han ratificado la CADH debe velar por el cumplimiento de los derechos humanos de las personas en el continente americano en virtud de este control (de convencionalidad) entre normas internas y CADH, la cual debe hacerse de oficio, sin mandato o solicitud alguna de ningún otro órgano, adquiriendo los jueces nacionales esta potestad o quizá deber. De la igual forma, y siguiendo con el hilo de evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad, en el año 2011, en la sentencia del caso Gelman

⁶ REY CANTOR, E. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, 1ra Edición, (México D.F.: Porrúa, 2008), 47.

contra Uruguay del 24 de febrero, se amplía la competencia sobre quiénes deberían ser los actores que pueden aplicar este control de convencionalidad. Es así que, con esta sentencia, la CIDH tomó en consideración que el poder judicial no era el único órgano estatal que tendría la facultad de administrar justicia, teniendo también presente la naturaleza de las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, Tribunales Electorales, y jurisdicciones especiales. Es decir, todo órgano que tenga la facultad de administrar justicia dentro de un Estado que haya ratificado la CADH tiene expedita la facultad de aplicar control de convencionalidad interamericano. Asimismo, en el año 2012, con el caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala del 20 de noviembre, CADH y su interpretación por parte de la CIDH no constituye el único parámetro de convencionalidad para que los órganos con facultades de administración de justicia de los Estados realicen este control, sino que, además de ellas, se deberá tener en cuenta otros tratados internacionales de los que el Estado es parte o ha ratificado, siendo que todos ellos complementan a la Convención Americana y por tanto el control que se haga de ellos también constituirá Control de Convencionalidad.

Finalmente, en cuanto a las características del control de convencionalidad, que han sido descritas de forma bastante general es importante no olvidar una de las principales características del derecho interamericano, quizá, sobre el cual reposa la razón de la existencia del control de convencionalidad. Me refiero al principio de supremacía de la CADH y su interpretación por encima del derecho interno. Al ser la CIDH el órgano facultado para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales que le confieren competencia (supremo interprete de la CADH), sus decisiones u opiniones tienen un alto valor para la interpretación de las obligaciones de los Estados en el continente americano. Con el objetivo de dar plena eficacia a los derechos humanos a nivel de Latinoamérica, la Corte elaboró esta doctrina anteriormente explicada del control de convencionalidad, como un “potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos”⁷. De acuerdo con este órgano, esta doctrina tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional; los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, lo cual, además, da pie a entender este mecanismo con base en una

⁷ PEDRO SAGUES, N, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, editado por Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. (Talca: Universidad de Talca, 2010), 117-136.

supremacía de la Convención, tratados y su interpretación por encima del derecho interno.

II. EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” EN EL ÁMBITO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS O TRIBUNAL DE ESTRASBURGO (TEDH):

Luego de establecer las generalidades en relación con el Control de Convencionalidad desde el punto de vista del sistema del cual emergió (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), corresponde, ahora, su análisis desde un enfoque comparativo en el otro sistema de protección de derechos humanos preponderante a nivel internacional, nos referimos al Sistema de Protección de Derechos Humanos en Europa, teniendo como base la jurisprudencia y doctrina de uno de los tribunales más importantes de Europa en lo que a derechos humanos se refiere, el Tribunal de Estrasburgo (TEDH). Tanto en este como en el siguiente epígrafe se analizará la posibilidad de aplicación de esta figura del Control de Convencionalidad nacida en el continente americano o al menos la existencia o no de brotes verdes para su aplicación como tal en el ámbito de la justicia internacional europea de los derechos humanos.

2.1 Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos:

Este instrumento se da a conocer dentro del marco del Consejo de Europa, organización que se cimenta en tres pilares fundamental los cuales son la democracia parlamentaria, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos, que la catapultan como la organización de derechos humanos más importante en el continente europeo y que los 47 Estados que la conforman han suscrito. Con fecha 04 de noviembre de 1950 se elabora y firma el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que contiene una serie de derechos civiles y políticos. De acuerdo con el profesor Ignacio Ortega, “lo más relevante a este propósito lo ofrece ya el primer artículo del Convenio, en base al cual los Estados que se adhieran a la misma deben otorgar los derechos y libertades en ella contenidos a toda

persona dependiente de su jurisdicción. Hay que subrayar, pues que los destinatarios de tales derechos son tanto los nacionales de un Estado como los extranjeros que se encuentran en el mismo, lo cual otorga a estos últimos una precisa garantía frente al ejercicio de las potestades de policía de cada Estado”⁸. Dentro del contenido de este instrumento jurídico (el CEDH) se regula la existencia del organismo encargado de velar por su cumplimiento, como mecanismo de protección internacional de los derechos humanos, el cual es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que se hará cargo del trámite de las demandas de carácter individual y estatal en contra de otro(s) Estado(s) que hayan vulnerado algún derecho establecido en el CEDH y de sus diversos protocolos.

2.2 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH):

Tal como se sabe, el TEDH ha sido creado con la entrada en vigor del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en 1953 siendo que ha sufrido una transición muy importante a partir del protocolo N.º 11. En la actualidad, el TEDH “tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que se refieran a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos, incluyendo las demandas individuales e interestatales, tal como se prevé en los artículos 33 y 34 del Convenio en su redacción modificada. Esta jurisdicción obligatoria es también exclusiva, puesto que el Comité de Ministros se limita a seguir la ejecución de las sentencias perdiendo su capacidad de decisión en los casos examinados por la Comisión y que no eran enviados al Tribunal como ocurría en el sistema anterior”⁹. Por lo tanto, el órgano encargado de velar por el cumplimiento del CEDH y de sus protocolos es el TEDH. Otro punto para tomar en cuenta es, como lo señala un autor, que “más allá de su vinculación geográfica, no tiene nada ver con las instituciones de la Unión europea. Se trata de un órgano jurisdiccional internacional que analiza y ampara, en su caso, las presuntas violaciones de derechos humanos y civiles. No actúa de oficio sino a instancia

⁸ LINDE, E., IGNACIO ORTEGA, L., y SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos – Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2da Edición. (Madrid, Edit. Civitas S.A., 1983), 62.

⁹ RUILOBA ALVARIÑO, J., “El Tribunal Europeo De Derechos Humanos: Organización y Funcionamiento”, En Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica N° 1. (2006) 1-14: <https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/AEPJ%201%20Julia%20Ruiloba.pdf> (consultada el 15 de febrero del 2020).

de parte”¹⁰, lo que se diferenciará con la organización llamada “Unión Europea” en epígrafes siguientes.

El artículo primero del CEDH despliega una importancia significativa para establecer la existencia de brotes verdes de control de convencionalidad en el seno del TEDH, siendo que señala expresamente que:

“Artículo 1.- Obligación de respetar los derechos humanos:

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

Será a través del contenido de este artículo primero que se marcará el punto de partida para el meollo del presente artículo, pues implica ni más ni menos que la obligación, por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa sujetos, por consiguiente, a la regulación del CEDH y sus protocolos adicionales y, por tanto, sujetos también a la jurisdicción del TEDH como mecanismo de control de este instrumento normativo. De forma similar interpreta el presente artículo el propio TEDH, en su sentencia en el caso *Ilascu and Others vs. Moldava and Russia* del 8 de Julio de 2004, en donde, a partir de su fundamento 311 explica lo que implica el primer artículo de la Convención:

“311. Del artículo 1 se desprende que los Estados miembros deben responder por cualquier violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención cometidos contra las personas sometidas a su ‘jurisdicción’. El ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser considerado responsable de actos u omisiones imputables a él que den lugar a una denuncia de violación de los derechos y libertades establecidos en la Convención (...).

312. (...). Desde el punto de vista del derecho internacional público, las palabras “dentro de su jurisdicción” en el Artículo 1 de la Convención deben entenderse que significan que la competencia jurisdiccional de un Estado es principalmente territorial (ver Banković y otros, citados anteriormente, § 59), pero

¹⁰ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Tribunal Europeo De Derechos Humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

también que se presume que la jurisdicción se ejerce normalmente en todo el territorio del Estado”¹¹.

En este sentido, el CEDH debe ser de obligatorio cumplimiento para todos los Estados miembros del Consejo de Europa dentro de su jurisdicción, siempre que se cumplan las condiciones expresas en el mencionado artículo 1, con carácter vinculante, el cual lo hace el principal instrumento normativo que regulará las relaciones entre los Estados y los ciudadanos europeos en cuanto a materia de Derechos Humanos en razón a su regulación sobre derechos humanos y frente a cuyo incumplimiento los Estados deben responder.

Ahora, para poder establecer la existencia (o no) de una suerte de control de convencionalidad (importada de la jurisprudencia del sistema americano de derechos humanos) en el sistema europeo, es importante tomar en cuenta el contenido de otro artículo fundamental en relación a los efectos de las decisiones del Tribunal Europeo, este es el artículo 46º del CEDH, sobre la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias que expresamente señala lo siguiente:

“1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

(...).

5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto”.

En ese sentido, al menos como lo expresa el propio instrumento normativo citado, parece que lo decidido por el TEDH es únicamente vinculante para aquellos Estados parte del litigio que desembocó en aquella decisión del tribunal. Pero esto no para nada diferente a lo que establece la CADH, pues cabe recordar que en su artículo

¹¹Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia del caso “Ilascu and Others vs. Moldava and Russia”, del 8 de Julio de 2004, signada con número de solicitud nº 48787/99. Fundamentos 311 y 312.

68°, se establece prácticamente la misma disposición que en el punto 1 del artículo 46° del CEDH. Por lo que puede decirse, que, al igual que este último, el instrumento normativo regional americano (CADH) establece dentro de su contenido, el deber de los Estados parte en un litigio, que desembocó en una decisión por parte de la CIDH, de cumplir de manera obligatoria lo decidido por este órgano jurisdiccional. En ese sentido, en cuanto a la eficacia y vinculatoriedad de los demás Estados (no partes en un litigio) a las decisiones de la CIDH, como actualmente se ve en la práctica, no necesariamente estará regulado de forma expresa en el contenido del Tratado, Convenio o Convención, sino, (como la gran mayoría de figuras del derecho internacional), ha tenido que ser creado por el principal órgano intérprete del tratado, que en este caso es la propia Corte Interamericana (Caso Almonacid Arellano v.s. Chile). Es por ello, que debemos ahondar en la jurisprudencia de ambos tribunales a fin de determinar sus semejanzas. Esta fuerza vinculante de las decisiones del TEDH se vio reforzada mediante su jurisprudencia, y es una pieza fundamental para poder establecer la existencia (o no) de Control de Convencionalidad dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos. Ahora, resulta innegable que el Tribunal de Estrasburgo, a lo largo de toda su existencia, haya realizado alguna interpretación dentro de su jurisprudencia que permita ver algunos atisbos del control de convencionalidad. Ello es reconocido por el autor Ruiz Morales, quien señala que, pese a algunas contrariedades, “ellas no fueron óbice para que el TEDH haya practicado y ensayado el control de convencionalidad”¹². Principalmente fue en dos casos ventilados en el Tribunal de Estrasburgo, demostrando ciertas características de lo que se podría llamar un control de convencionalidad, claramente, limitado en determinados aspectos pero que resultan pequeños brotes verdes para una potencial aplicación, en definitiva, de este control a nivel del sistema de protección de derechos humanos en Europa.

2.3 Caso Siliadín VS. Francia¹³:

Este es, quizá el caso más reciente del Tribunal de Estrasburgo cuyo contenido muestra algunos atisbos de control de convencionalidad en el sistema de protección de

¹² RUIZ MORALES, M., “El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N°21, (2017), 129-160.

¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con número de aplicación 73316/01, en el caso Siliadin v. France del 26 de julio del 2005.

derechos fundamentales europeo. Se trató de un caso atentatorio contra la dignidad humana de una persona migrante en Francia, víctima de explotación laboral, trabajo forzoso, y lindes con la esclavitud, Se determinó la vulneración a varios derechos reconocidos en el CEDH, como la prohibición de someter a una persona a esclavitud o servidumbre, trabajo forzado u obligatorio, pero además resaltó que la ley penal francesa tuvo fallas significativas, pues se condenó, a nivel interno, a los imputados a una sanción de carácter civil y no penal. En ese sentido, la Corte se pronuncia sobre varios puntos, como son los siguientes:

En relación a si la legislación impugnada (ley penal) y su aplicación tuvieron fallas significativas en el caso que se pone a la vista de tal modo que resulten siendo equivalentes a un incumplimiento del artículo 4 del CEDH, el TEDH manifiesta que es indispensable evitar todo tipo de casos sobre trabajo forzado, y que ello solo se podrá conseguir mediante disposiciones de la ley penal, y que ello se regula generalmente mediante dichas disposiciones. Precisa que, en el presente caso, la demandante, en la situación que se encontraba y la vulneración al artículo 4 del CEDH, no pudo ver a la pareja de responsables del delito condenados bajo una ley penal. Asimismo, afirma que, en el presente caso, como el Fiscal no recurrió en apelación ante la segunda instancia la resolución del 19 de octubre del 2004 de la cámara de apelaciones, la apelación a la Corte de Casación sólo se resolvió mediante aspectos civiles y patrimoniales, por lo que se absolvió a la pareja demandada. Agregando, además, que el Código Penal se prestaba a interpretaciones muy diversas de varias cortes. Por lo que, indirectamente era una llamada de la atención al Estado de Francia, pero de manera directa a través de sus fiscales y tribunales por no haber otorgado una protección practica y eficaz contra los actos a los que la demandante estuvo expuesta.

Ante ello, podemos identificar algunos rasgos de control de convencionalidad en el presente caso: en primer lugar, debe existir, como rasgo principal de control de convencionalidad, compatibilidad entre los establecido en el CEDH y la legislación interna de los Estados. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo, en varios de sus fundamentos ha hecho clara la referencia de que no ha existido esta compatibilidad, puesto que no se le aseguraba a la demandante una protección adecuada y eficaz que merece el artículo 4º del CEDH, en el sentido que, por problemas de interpretación de la legislación penal francesa, y realizando una clara referencia al mal actuar de los

diversos operadores de justicia franceses (fiscales y jueces de tribunales), los demandados no habrían recibido la sanción adecuada y merecida, es decir, la penal por los actos cometidos en contra de la dignidad de la demandante vulnerándose el artículo 4 del CEDH, y que, indirectamente, estaría haciendo prevalecer su interpretación en esta jurisprudencia, para que a futuro en casos similares prevalezca la interpretación dada por el TEDH en el caso Siliadín vs. Francia como precedente. Asimismo, podemos identificar que esta suerte de control de convencionalidad en el presente caso también establece que dicha compatibilidad referida en líneas anteriores no únicamente debe expresarse entre la legislación interna de los Estados y el CEDH, sino también con otros tratados internacionales los cuales el Estado involucrado ha ratificado en su labor de protección de los derechos humanos, como en el presente caso, donde son varios tratados sobre abolición sobre el trabajo forzado y esclavitud, que claramente no se han cumplido pese a que existía un deber por parte del Estado francés que lo vinculaban. Claro control de convencionalidad.

2.4 Caso X e Y VS. Países Bajos¹⁴:

Es importante, también, remitirnos a un caso mucho más antiguo, ya que es materia de influencia en lo resuelto en el caso anteriormente analizando, me refiero al caso X e Y contra los Países Bajos. En este caso, se trató de un caso de violación sexual de una víctima (Y) que padecía de retraso mental y se encontraba en una residencia. Su padre, (X), denunció este hecho ante las autoridades policiales holandesas y solicitó se inicien las acciones penales correspondientes en contra del criminal. Sin embargo, la fiscalía decide no iniciar acciones penales contra esta persona, por lo que se presentó un recurso el cual también fue desestimado por el tribunal de apelación. En ese sentido, el demandante (X) denunció la vulneración de los artículos 3 (tratamiento inhumano y degradante), artículo 8 (derecho al respeto de su vida privada, así como a su vida familiar) y los artículos 13 y 14, (sobre el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional y la prohibición de discriminación respectivamente) del CEDH. El Tribunal de Estrasburgo analiza cada una de estas supuestas infracciones de manera separada, determinando que efectivamente hubo una vulneración al artículo 8.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con número de aplicación 8978/80, en el caso X and Y vs. Netherlands del 26 de marzo de 1985.

En este orden de ideas, en el fundamento 28 de la sentencia del caso que nos ocupa, el Tribunal de Estrasburgo reconoce que, es cierto que el código penal holandés no contiene una disposición específica en ningún artículo del texto que sancione los ataques sexuales a los disminuidos psíquicos. No obstante, podrán iniciarse acciones penales, con o sin denuncia de la víctima, contra cualquiera que violara la integridad sexual de un disminuido psíquico, basándose en el artículo 239.2 del código penal holandés. Asimismo, en el fundamento 29, el Tribunal de Estrasburgo señala que el Tribunal de Apelaciones de Arnhem (que resolvió desestimar el recurso de los demandantes por el no inicio de acciones por parte de la fiscalía) no ha sido capaz de colmar esta laguna existente en el artículo del código penal analizado, mediante una interpretación extensiva en perjuicio del perpetrador del delito. Por lo que, teniendo en cuenta el daño causado a la víctima, no solo por B sino por el Estado de Holanda, se determinó que las autoridades holandesas son parcialmente responsables, dada la laguna legislativa que ha determinado la infracción del artículo 8, por lo que se fija una indemnización de daños y perjuicios a favor de ella.

Como se puede ver en este caso, claramente mucho más antiguo que en anteriormente analizado, el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado nuevamente herramientas que lo acercan a un control de convencionalidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos, siendo, por ejemplo, la determinación de que las autoridades públicas, en este caso la fiscalía y el tribunal de apelaciones holandés, no han sabido interpretar el contenido del artículo pertinente del Código Penal para iniciar las acciones en contra del sujeto que perpetró el delito materia del caso, utilizando, para ello, un artículo vigente actualmente en el artículo 41 (anteriormente artículo 50), por lo que, nos llevaría a interpretar que las autoridades públicas, en este caso, los tribunales y demás operadores de justicia (jueces y fiscales) deben aplicar o interpretar la legislación nacional o el derecho interno de acuerdo a los cánones o parámetros que establece el Tribunal.

2.5 Convencionalidad plena en algunos países que ratificaron el CEDH:

Tomando nuevamente lo dicho por Ruiz Morales, “aun cuando el Tribunal alsaciano no ha implantado -ni ha mencionado- la necesidad de efectuar el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales; en cierta forma, esta supervisión va

siendo desarrollada por los jueces nacionales, de manera que los magistrados locales han comenzado a interpretar los derechos fundamentales reconocidos en sus constituciones nacionales, y los derechos y libertades recogidos en la CEDH, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH¹⁵. Como vemos, por ejemplo, en el caso italiano, que a partir de las “sentencias gemelas” emitidas en el año 2007, la Corte Constitucional italiana declaró expresamente que el CEDH, debe asumirse con la interpretación que se le otorga en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a las disposiciones reguladas en la mismas. Siendo así, en la Sentencia N° 29/2008 de la Corte Constitucional, se estableció que la interpretación del TEDH debe considerarse vinculante para el juez nacional, expresando, además, que esta peculiaridad de las disposiciones contenidas en el CEDH se debe a su sometimiento a la interpretación del Tribunal de Estrasburgo, al que los Estados contratantes están obligados a ajustarse. Así también remarca que el juez puede (e incluso debe) utilizar el CEDH como regla interpuesta para plantear ante la Corte Constitucional una cuestión por presunta vulneración al art. 117.1, de la Constitución Italiana modificada en el año 2001, la cual estipula que la potestad legislativa es ejercida por el Estado y las regiones en el respeto a la Constitución, así como a los compromisos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales. lo que claramente constituye un control de convencionalidad de acuerdo al sistema americano de protección de derechos humanos.

Si bien los casos anteriormente analizados datan de décadas pasadas, es interesante lo que sostiene el profesor Guillén López, quien afirma que “si se observan con atención otras disposiciones del Convenio y del Reglamento de procedimiento, así como los pronunciamientos del Juez de Estrasburgo, al hilo de la doctrina que profusamente se ha ocupado de la cuestión, nos podemos encontrar con que la obligatoriedad viene progresivamente asumiendo una posición preeminente general. (...) los Estados, desde luego están obligados a observar los términos que se establezcan en el fallo que les condene, pero no son solo ellos los afectados por una sentencia condenatoria. Antes bien, se entiende que una sentencia en la que el Tribunal certifique la existencia de una lesión de un derecho del Convenio es una lectura actualizada del orden constitucional europeo y de ahí que haya de tener eficacia y ser de obligada

¹⁵ RUIZ MORLES M., “El control de convencionalidad y los sistemas...”. Op. Cit. Pág. 35.

observancia por el resto de los miembros del Consejo de Europa”¹⁶. Lo que claramente tiene toda lógica pues el Tribunal de Estrasburgo, al ser el supremo intérprete del CEDH y al realizar una interpretación respecto a la vulneración de algún derecho contenido en este instrumento lo que hace no es más que esbozar un criterio actualizado de lo que constituye la esencia del derecho y que todos los Estados sometidos a la jurisdicción de este Tribunal deben tener presente.

De la misma forma como en el caso italiano, aunque con mayor amplitud, lo hace el ordenamiento jurídico suizo, siendo así que diversos autores como Anagnostou, al respecto de la situación del país alpino señala que, “como Suiza, por ejemplo, verifica rutinariamente la compatibilidad de los proyectos de ley con la Convención, teniendo también en cuenta las sentencias judiciales que pertenecen a otros Estados. Incluso ya en la década de 1980, Andrew Drzemczewski señaló que, independientemente de la condición doméstica del CEDH, existía una presunción general de que los Tribunales Nacionales deberían interpretar la legislación nacional de conformidad con la Convención”¹⁷. Siendo que de forma muy similar también se manifiesta en relación al caso de Alemania, donde explora el sistema nacional de revisión de derechos y la constelación de las estructuras y actores nacionales involucrados en la implementación de las sentencias del TEDH, donde destaca “el enfoque aparentemente preventivo a menudo adoptado por las autoridades estatales: la revisión del proyecto de ley para la compatibilidad con la convención y la consideración de la jurisprudencia del TEDH emitida también contra otros países. No obstante, la implementación interna de los juicios del TEDH es un proceso a veces controvertido y conflictivo”¹⁸. Como puede verse, esta no sería una obligación que corresponde únicamente a los tribunales de justicia sino a toda autoridad pública como en el caso que señala el autor, la función de los parlamentarios de un país en su deber de presentación de proyectos de ley compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Claro está que donde más claramente se observa el control de convencionalidad es en la función jurisdiccional, al ajustar, los jueces, sus fallos de acuerdo a lo establecido por el CEDH y su

¹⁶GUILLÉN LÓPEZ E., “Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una Perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 42 (2018): 335-370.

¹⁷ ANAGNOSTOU D., “Untangling the domestic implementation of the European Court of Human Rights’ judgments”. En *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg’s Judgments on Domestic Policy*, editado por Dia Anagnostou, (Edimburgo: Edinburgh University Press, 2013), 1-24.

¹⁸ *Ibid.*

interpretación por parte del Tribunal de Estrasburgo, pero no hay que olvidar que, como lo ha establecido la propia creadora del control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos humanos, corresponde a toda autoridad pública dentro de un país utilizarla, como en este caso lo hace Suiza y Alemania por parte de sus autoridades legislativas.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA O TRIBUNAL DE LUXEMBURGO (TJUE).

Existe un caso particular en Europa en cuanto a la protección de los derechos fundamentales; no la Europa sometida al Consejo de Europa del cual hablábamos en el epígrafe anterior, sino una organización más reducida en cuanto a Estados miembros, pero más fuerte a la vez institucionalmente conocida universalmente como la Unión Europea la cual ha sido creada por varios tratados internacionales, denominados tratados constitutivos que establecen la estructura y fines de esta organización. Es importante precisar que si bien la Unión Europea, a través de su máximo tribunal, el Tribunal de Justicia, no constituye como tal un sistema de protección de derechos humanos a diferencia de su par el Tribunal de Estrasburgo, lo que sí es cierto es que dentro de su labor diaria de administración de justicia en el ámbito de los 27 Estados que conforman dicha Unión, no escapa de su labor diaria el resolver conflictos donde se ven involucrados derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

En relación al tema del artículo, ¿es posible que un juez ordinario europeo, de cualquiera de los 27 estados que conforman la Unión, utilice alguna técnica jurídica semejante al control de convencionalidad interamericano cuando perciba que una norma nacional es claramente contraria a los derechos humanos o libertades fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea? La Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la UE, proclamada en Niza en el año 2000 e incorporada al Derecho de la Unión Europea bajo el mismo rango que los tratados constitutivos por medio del Tratado de Lisboa, se ha convertido, a lo largo de los años y en mérito a una constante evolución, en el

instrumento jurídico más importante en cuanto a protección de derechos humanos en la Unión Europea, y es la clara expresión de que los derechos fundamentales han pasado, de ser de una cuestión íntegramente nacional, a ser parte del ámbito comunitario de la Unión Europea. Es entonces, en base a este instrumento normativo que el Tribunal de Luxemburgo (o TJUE) ejerce control sobre los Estados miembros en el cumplimiento de esta Carta, y, por tanto, en el presente caso, y enmarcándolo dentro del objeto del presente trabajo, implicaría realizar un análisis sobre un posible control de convencionalidad de los jueces nacionales en aplicación de este documento y otros en materia de Derecho de la UE.

Los jueces nacionales resuelven casos aplicando derecho de la Unión Europea. Ello proviene desde el contenido mismo de la 51.1 de la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión, en el numeral 1 del artículo 51, donde establece lo siguiente:

“Artículo 51

Ámbito de Aplicación

Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.

Es entonces esta disposición la que abre la posibilidad de una aplicación directa de lo regulado mediante este instrumento de derechos humanos por parte de los jueces nacionales de los 27 Estados que conforman y deben su cumplimiento al Derecho de la Unión. Cabe además, citar lo expuesto por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, pese a que aún en aquel entonces no estaba vigente la Carta de Derechos Humanos, expresó lo siguiente en una de sus tantas sentencia: “desde el momento en que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de

Justicia”¹⁹. Pero esta obligación no debe ser única de la jurisdicción nacional estatal, sino que, tal como también se manifiesta en el sistema interamericano, esta obligación debe surtir sus efectos en el seno de todo el aparato estatal del estado, así, como lo señala la autora Mangas Martín, que por “Estados miembros debe entenderse realizada a cualquier poder del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial), así como todo nivel de gobierno que, de acuerdo con la estructura constitucional propia de cada Estado miembro, exista a nivel interno (poderes centrales del Estado, regiones autónomas o Estados federados, corporaciones locales, etc.)²⁰. Por lo que podemos destacar que, tanto en el Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y en el seno de lo que sucede en la Unión Europea a través de la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y demás tratados constitutivos, compartirían, ambos, esta característica, la principal de hecho, de la aplicación por parte de los jueces nacionales y más que ello, de todo el aparato y las instituciones estatales (sobre todo las vinculadas a la administración de justicia), de un derecho supranacional, y la primacía de este frente a una incompatibilidad con el derecho interno.

En este orden de ideas, y como lo manifiesta el profesor Nuevo López, “cuando un juez nacional debe aplicar en un procedimiento judicial una norma que implica estar en un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión, se encuentra vinculado por los derechos de la Carta, inaplicando la norma nacional en caso de contradicción con los derechos fundamentales, y disponiendo asimismo de la posibilidad -u obligación, según el caso- de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si necesita de una interpretación autorizada de los derechos a efectos de controlar la norma nacional”²¹. En este contexto, conviene, ahora analizar algunas de las sentencias en las que el Tribunal de Luxemburgo ha manifestado la facultad que tendrían los jueces y, en general los órganos estatales de los 27 miembros para aplicar este control, y en qué nivel se les otorga esta facultad u obligación.

¹⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del 18 de diciembre de 1997, en el caso Annibaldi, asunto C-309/96, fundamento 13.

²⁰ MANGAS MARTÍN A., “Artículo 51. Ámbito de aplicación”. En: *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, dirigido por Araceli Mangas Martín, (Bilbao: Fundación BBVA, 2008), 813-815.

²¹ NUEVO LÓPEZ P., “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea». *Revista catalana de dret públic*, núm. 50 (2015):141-160.

3.1 Caso *Simmenthal*²²:

Este caso trató básicamente de una incompatibilidad entre el Tratado de la Comunidad Europea (Derechos originario de la UE) y un Reglamento emitido por el consejo en 1968 con algunas leyes italianas. En el análisis que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el fondo del asunto, en primer lugar, destaca la gran importancia del principio de primacía del Derecho comunitario (ahora, derecho de la Unión Europea), ya que las disposiciones que están contenidas en el Tratado (derecho originario) y los actos de derecho derivado, tienen la finalidad no solamente de permitir recurrir a la inaplicación de pleno de derecho de toda disposición del ordenamiento jurídico nacional de alguno de los Estados miembros que sea contrario a los mencionados (D. originario y D. derivado), sino, además, tiene un carácter preventivo, pues lo que se trata es de impedir que la legislación interna a emitirse a futuro y surtir sus efectos sea incompatible con el derecho de la Unión Europea.

En este orden de ideas, los jueces nacionales de los Estados miembros tienen la obligación de aplicar el Derecho de la Unión dejando sin aplicación toda disposición contraria a la legislación nacional que sea contraria a aquel, independientemente de si esta es anterior o posterior a la norma del Derecho de la Unión. Tomando lo dicho por el Tribunal de Justicia, en su fundamento 24 de la sentencia, expresamente señala que “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”²³. Si recordamos lo abordado en el primer epígrafe del presente artículo, en los casos emblemáticos que dieron origen a la existencia plena del Control de Convencionalidad de convencionalidad en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, podemos destacar que se evidencian los mismos elementos que en la presente sentencia analizada: *Simmenthal*, en el marco de la protección de los derechos humanos dentro de la Unión Europea: incompatibilidad

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas signada con número de asunto 106/77 en el caso *Simmenthal* del 09 de marzo de 1978.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 09 de marzo de 1978, en caso *Simmenthal* con numero de asunto 106/77, fundamento 24.

existente entre el instrumento supranacional sobre el cual se ejerce este control (en este caso los Tratados de derecho originario y el derecho derivado en general) y disposiciones contenidas en una ley nacional, y que frente a la cual el Juez nacional deberá inaplicar esta última para ejercer la primacía de la primera, facultad que deberá ser utilizada “por propia iniciativa” de los jueces nacionales.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que, tanto como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos como lo que sucede en la Unión Europea, han sido los Tribunales máximos de estos sistemas (CIDH y TJUE respectivamente), quienes a través de su jurisprudencia han sentado las bases de este control, control de convencionalidad llamado en lado americano, y un “control del derecho de la Unión” como podría ser llamado, ya que el Tribunal de Justicia no esboza un término específico para esta labor, principalmente de los jueces nacionales de los Estados miembros para el control y prevalencia del Derecho de la Unión Europea. Así, por ejemplo, escribe el profesor Fernández Segado que “el hecho de que la Comunidad, hoy Unión, esté circunscrita básicamente a la creación jurídica, en el sentido de la elaboración de normas generales y abstractas, unido, en perfecta coherencia con esto, al carácter esencialmente descentralizado de la ejecución administrativa del derecho comunitario y de su control jurisdiccional, convertía en poco menos que inexcusable la colaboración de los jueces nacionales, con su subsiguiente protagonismo en el que bien podríamos denominar ‘control de comunitariedad’, más aún si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia sólo dispone de una competencia limitada al conocimiento de las materias que, de modo expreso, le confieren los tratados constitutivos”²⁴. En ese sentido, al igual que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el juez nacional se convierte en protagonista del control de la normatividad interna del Estado miembro bajo la lupa del Derecho de la UE, sea de derecho originario o primario y derivado. De la misma forma, lo indica Manuel Ruiz, señalando que “el Tribunal situado en Luxemburgo ha declarado en varias ocasiones la posibilidad que ostenta cualquier juez nacional de realizar una «especie» de control, que se ha venido a llamar «control de comunitariedad», y que podría equivaler análogamente a lo impuesto por la

²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO F., “El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Común. Las Transformaciones Constitucionales Dimanantes de Ello”, Comunicación presentada en la Conferencia pronunciada como “lección magistral” en el acto académico de investidura del autor como doctor honoris causa por la Universidad de Messina, en Messina, Italia, el 11 de noviembre de 2004. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5738/7534#N*

Corte IDH en relación al control de convencionalidad”²⁵. Pudiendo decir que este control ejercido por el juez nacional de cualquiera de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea es el correlato directo del control ejercido por los jueces nacionales americanos cuyos Estados forman parte de la jurisdicción de la Corte de San José de Costa Rica.

3.2 Caso Costa VS. ENEL²⁶:

En el presente caso, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea, (ahora Unión Europea) realiza la interpretación de varias disposiciones, dentro de las que se encuentra el criterio de la aplicación por parte del Juez nacional del Derecho Comunitario y la legislación interna. El Tribunal destaca la naturaleza del Tratado de la Comunidad Económica Europea como uno muy diferente a los tratados internacionales ordinarios que se celebran entre diferentes Estados u organizaciones, ya que en aquel se crea un ordenamiento jurídico propio, que consecuentemente se integra al sistema u ordenamiento jurídico de los Estados Miembros de la -ahora- Unión Europea, y por tanto vincula a sus órganos jurisdiccionales. Asimismo, precisa que la integración del ordenamiento de la Unión Europea en el ordenamiento de cada Estado miembro implica la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento. Asimismo, hace hincapié en destacar la fuerza vinculante del Derecho comunitario, y que este no puede variar entre Estados miembros de la Unión por cuestiones de ordenamiento interno. En este orden de ideas, al Derecho creado por el Tratado de la Comunidad Económica Europea (ahora Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, EURATOM, y su derecho derivado) no se le pueden oponer una norma de carácter interno del Estado miembro, ante los órganos jurisdiccionales, pues de ser así se perdería su carácter comunitario y se cuestionaría la base jurídica de esta organización, hecho que no puede ser concebido.

²⁵ RUIZ-MORALES M., “El control de convencionalidad y los sistemas ...” Op. Cit. pág. 146.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea signada con número de asunto 6/64 en el caso Costa c. ENEL, del 15 de julio de 1964.

A propósito de este caso, es importante la doctrina existente sobre el caso en cuestión, pues como lo manifiesta la autora Groppi, y haciendo referencia explícita al Tratado de Roma de 1957 o más conocido como Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE), sobre el que “la ‘primauté’ del Derecho comunitario encuentra confirmación en el art. 189 TCE (ahora 249), advirtiendo al tiempo cómo esta disposición, que ‘no es acompañada de ninguna reserva’, estaría privada de sentido si un Estado pudiera anular unilateralmente sus efectos con una medida nacional que prevaleciera sobre los textos comunitarios; y, por lo tanto, precisando que ‘el Derecho nacido del Tratado no podría, en razón misma de su específica naturaleza, encontrar un límite en cualquier medida interna sin perder su propio carácter comunitario y sin que resultara removido el fundamento jurídico de la misma Comunidad’. Ya de tal decisión resulta claro que ningún tipo de acto nacional, ni siquiera de rango constitucional (el ‘qualsiasi’ del texto italiano es todavía más eficaz en su versión francesa, donde se indica que ‘le droit communautaire [...] ne pourrait [...] se voir judiciairement opposer un texte interne “quel qu’il soit”’) puede resistir al Derecho comunitario”²⁷. Siendo así, el Caso Costa c. ENEL es importante jurisprudencia del máximo Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a primacía del derecho de la Unión que, como vimos, trae consigo el control de la jurisdicción nacional de los Estados miembros, para cautelar este principio. Esta importancia es reconocida por diversos autores, como es el caso del profesor Fondevilla, quien indicaba que “el TJCE (hoy TJUE) estableció, en su célebre Sentencia Costa c. Enel, de 15 de julio de 1964, la obligación de los órganos judiciales nacionales europeos de dejar sin efecto cualquier ley contraria —anterior o posterior— a una norma de Derecho de la Unión Europea. Es decir: hace ya más de cincuenta años que los órganos judiciales estatales tienen la facultad de no aplicar, en determinados casos, normas con rango de ley y, actualmente, practican, de hecho, un verdadero control de convencionalidad respecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”²⁸, clara muestra que es bastante antigua la figura del control de convencionalidad, al menos dentro del derecho de la Unión Europea, más antigua,

²⁷ GROPPI T., “La «Primauté» del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional Nacional: Un Punto de Vista Comparado”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 5, (2006): 225-243.

²⁸ FONDEVILA MARÓN M., “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23, No. 2, (2019), 439-458.

incluso, que la primigenia y más célebre figura del control de convencionalidad americano, hecho que no hay que dejar pasar por alto.

IV. EL CASO DE ESPAÑA:

Dentro del sistema jurídico español no existía norma o pronunciamiento expreso y categórico que dé pie a la existencia de un control de convencionalidad tal como lo expresó el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Es muy actual el caso español en sus pronunciamientos sobre control de convencionalidad, pues es a finales del año 2018 que el Tribunal Constitucional ha manifestado un criterio de apertura a esta figura jurídica proveniente del sistema interamericano de protección de derechos humanos; me estoy refiriendo a la sentencia N° 140/2018 del 20 de diciembre de 2018, muy controvertida a nivel jurisdiccional en todo el territorio español.

Este caso se origina por un recurso de inconstitucionalidad planteado por el grupo parlamentario socialista del Congreso de los Diputados en contra de la Ley Orgánica 1/2014 del 13 de marzo que modificaba la Ley Orgánica 6/1985 del 01 de julio del Poder Judicial, sobre jurisdicción universal. En este sentido, lo que se modificó fue la Ley Orgánica del Poder judicial, en una nueva redacción del artículo 23 de esta mencionada ley, donde se habrían establecido nuevos criterios para de tal forma ampliar la competencia de los jueces y tribunales e ir más allá de las fronteras españolas. Asimismo, se alegó que, de alguna manera, se modificaba sin seguir los canales o procedimientos adecuados, algunos tratados internacionales suscritos por España donde la persecución universal de determinados delitos estaba prevista, entre otros fundamentos.

El problema jurídico planteado en el caso en cuestión es si las restricciones a la jurisdicción universal introducidas por la Ley Orgánica 1/2014 son inconstitucionales o no, al contrariar los artículos 10.2, 24.1 y 96 de la CE. Así, dentro de este problema hubo dos temas que debía establecer el Tribunal Constitucional y son:

La interpretación del artículo 24.1 de la CE, a la luz del artículo 10.2 del mismo texto constitucional, sobre el lugar interpretativo que ocupan los tratados Internacionales en el control de constitucionalidad.

La interpretación del artículo 96.1 de la CE (tratados en el ordenamiento interno), donde el Tribunal Constitucional, por primera vez, abriría la puerta para que los órganos judiciales españoles efectúen el denominado control de convencionalidad.

Si bien en ambas cuestiones el Tribunal Constitucional emite disposiciones bastante polémicas y en algunos casos contradictorias, es en cuanto a la segunda cuestión en la que debemos basar nuestro análisis para efectos del objetivo del presente artículo. Es en ese sentido que, respecto al Control de Convencionalidad que el Tribunal Constitucional español referencia en su sentencia, es importante tener en cuenta lo que establece el artículo 96.1 de la Constitución Española en relación a los tratados internacionales. Siendo ello así tenemos que: *“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”*. A partir de la interpretación que de esta disposición efectuó el Tribunal Constitucional en la STC 140/2018 es que este fallo se convierte en un hito importante para el derecho constitucional español, pues reconoce dentro del ordenamiento jurídico la posibilidad que los jueces y tribunales nacionales realicen un control difuso de convencionalidad. Es así como el Tribunal Constitucional en el análisis de la presunta vulneración de la Ley Orgánica 1/2014 (norma en cuestión) al artículo constitucional 93.1 de la Constitución que alegaban los demandantes y tomando en consideración las obligaciones adquiridas por España mediante los tratados internacionales ratificados, resuelve mediante el siguiente fundamento: *“(...) si el análisis de constitucionalidad puede o debe incluir un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE. Expresado, en otros términos, los recurrentes plantean ante este Tribunal la formalización del control de convencionalidad de la norma interna, exigiendo un pronunciamiento preliminar sobre la viabilidad de dicho control que los recurrentes asocian a la aplicación del artículo 96. 1 CE.”*²⁹ Sobre ello, toma lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y describe que en esencia consiste en que los jueces nacionales de los países que se han adherido a

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 140/2018 del 20 de diciembre, fundamento

algunos tratados también están sometidos a las disposiciones que emanen del contenido de esos tratados internacionales ratificados en su territorio. En consecuencia, frente al estudio de un caso en concreto los jueces ordinarios tienen el deber de verificar que la aplicación de las leyes internas no mengüe los efectos de las normas de rango internacional, lo que, en definitiva, toma la doctrina de la propia fuente del control de convencionalidad, esto es del sistema interamericano de derechos humanos, lo que resulta algo *sui generis*, ni siquiera teniendo presente lo que establece la Unión Europea con sus dos principios básicos de su derecho o lo que el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado sobre el carácter obligatorio de sus sentencias, sino fundamentos de la mismísima Corte Interamericana que creó el control de convencionalidad.

Ahora, esto tal vez, sin pretender forzar que el origen del control de convencionalidad como tal se encuentra en el sistema interamericano de derechos humanos a través de su famoso caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, debió su existencia, más que un origen, una inspiración proveniente de la Convención de Viena, donde se dispone que los compromisos internacionales adquiridos a través de los tratados suscritos y ratificados deben ser respetados. Lo que el fondo no es más que la expresión del principio *pacta sunt servanda*, así como del “de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales que el Estado adhiere, el principio de efecto útil de los convenios internacionales y por el principio internacionalista”³⁰. Del mismo modo lo expresa el autor Jimena Quesada, cuando señala que “la doctrina contraria al control difuso de convencionalidad, además de argumentar que el TC no había consagrado (hasta ahora, con la STC 140/2018) en España dicho control, esgrimía que, a diferencia de la Corte Interamericana, el TEDH tampoco habría declarado que del CEDH se derivara semejante control en los Estados del Consejo de Europa. Sin embargo, como en ocasiones he sostenido, una declaración de este tipo por parte del TEDH no es necesaria, como tampoco lo era la de la Corte Interamericana (que, razonablemente, se remite al art. 27 de la Convención de Viena de 1969 en el apartado 125 de la Sentencia *Almonacid Arellano y otros c. Chile*) o la de nuestra Jurisdicción Constitucional mediante la reciente STC 140/2018; y no son necesarios dichos pronunciamientos porque el control de convencionalidad se desprende directamente de

³⁰ RUIZ-MORALES Manuel, “El control de convencionalidad y los sistemas...”. *Op. Cit.* p. 136.

la Convención de Viena de 1969”³¹. Por consiguiente, solamente es posible llevar estos principios a la práctica a través de los órganos judiciales nacionales y de la posibilidad que hagan uso del tan controvertido control de convencionalidad en Europa.

En relación a este tema, y tomando como base el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional español sobre el control de convencionalidad, podemos afirmar que los tratados internacionales, al ingresar al ordenamiento jurídico no van a ostentar rango constitucional, según lo expresado en un primer momento por este tribunal en su fundamento 5, lo cual, para efectos prácticos, deviene en que el propio Tribunal Constitucional no pueda efectuar este control de convencionalidad. Sin embargo, es importante precisar que si bien es cierto que el argumento es lógico por las razones descritas, también lo es que al inaplicar en un caso concreto una norma nacional interna para hacer uso de una disposición de carácter internacional como las contenidas en los tratados internacionales, lo que en esencia ocurre no es un desplazamiento, como se quiere pretende hacer ver por parte del Tribunal, sino que de manera informal, bajo la utilización de la figura de “inaplicación”, se le estaría irrogando cierta connotación de superioridad jerárquica a la norma internacional en el ordenamiento jurídico interno, trato superior que no encuentra soporte en el argumento expresado por el Tribunal Constitucional español, y claramente no tomado como un simple canon o pauta hermenéutica para la argumentación de los tribunales como contradictoriamente lo expresa el Tribunal. A fin de cuentas, en cuanto a la competencia de los jueces y tribunales para realizar el control de convencionalidad no hay mucho que debatir, por el contrario, tal como se ha dicho reiterativamente, este es el gran acierto de la sentencia, (aunque para algunos el gran desacierto y generador de inseguridad jurídica). Sin embargo, sí genera inquietud el argumento bajo el cual el mismo Tribunal Constitucional se excluye de la posibilidad de efectuar el control de convencionalidad, hecho que definitivamente no se excluye dentro del sistema interamericano de derechos humanos, aunque luego el Tribunal abre la posibilidad de que se acuda a un recurso de amparo (cuando en sus fundamentos jurídicos indica que reconoce que a través del recurso de amparo constitucional, puede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios bajo los parámetros del artículo 24.1 CE, garantizando que el

³¹ JIMENA QUESADA, Luis. “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No. 53, (2019) p. 434-461.

fundamento de la decisión no sea arbitrario, irrazonado o irrazonable), ya que, al estudiar, en sede de amparo, un asunto de esta categoría, tal como lo señala Fondevila, en realidad “ejercería, de este modo, una suerte de control de convencionalidad a través de la concesión de un amparo por violación del art. 24.1 CE, si el juez o tribunal que dictaron la sentencia recurrida no aplicasen al caso concreto, de manera arbitraria, irrazonada o irrazonable, un tratado internacional en vigor. Es decir, que paradójica y, desde luego, contrariamente a la idea de modelo concentrado de justicia constitucional, el Tribunal no va a impedir que el legislador apruebe, a pesar de lo dispuesto en el 96.1 CE, una ley contraria a un tratado internacional, pero podrá en su caso conceder un amparo contra una resolución que aplique dicha norma”³². Si bien la influencia clara de la creación de este criterio por parte del Tribunal Constitucional español se encuentra en el sistema interamericano, y prueba de ello es la utilización hasta del mismo nombre con que se le llama en el sistema interamericano -”control de convencionalidad-, no hay que negar que se trata de un control de convencionalidad un tanto especial dentro de España, y en particular dentro de Europa, ya que, no viene influenciado por ninguno de los dos grandes tribunales imperantes en este continente, como ya vimos el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, tratando de encontrar –a criterio mío- forzosamente su fuente en la Convención de Viena de 1969, pero es innegable que aquí ha tenido que influir de sobre manera la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en vista de las características que poseería este control de convencionalidad español, aun con mucho ámbito por desarrollar.

Al margen de lo mencionado anteriormente, el control de convencionalidad en el ámbito del Estado español es uno de los más desarrollados de todo el continente Europeo, producto de esta sentencia del Tribunal Constitucional, que es avalado por este órgano, y no por un organismo internacional como ocurriría en la generalidad de casos, lo que pone en marcha un potencial desarrollo y evolución que solo este tribunal puede hacer, y por qué no, que los grandes Tribunales regionales apunten a una ampliación a través de su jurisprudencia en este tema muy poco desarrollado a nivel Europeo.

³² FONDEVILA MARÓN M., “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles...”, *Op. cit.* p. 81.

CONCLUSIONES

El control de convencionalidad americano, su fuente, supone una protección adecuada de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados que han ratificado la CADH, ya que le otorga a la jurisdicción más cercana y conectada con la ciudadanía misma (jueces nacionales sin importar su rango) y en general, a todas las instituciones del aparato estatal dentro de la administración de justicia, facultades de control sobre la compatibilidad entre la normativa interna estatal con la CADH, la jurisprudencia sobre ella y otros tratados internacionales.

En el marco del sistema europeo de protección de Derechos Humanos, teniendo como protagonista al Tribunal de Estrasburgo, se ha comprobado mediante su jurisprudencia, que debe existir compatibilidad entre la legislación interna de los Estados miembros del Consejo de Europa con el CEDH; pero no únicamente con éste, sino con otros tratados que estos Estados hayan ratificado, lo cual constituye un rasgo principal del control de convencionalidad americano. Asimismo, dentro de la jurisprudencia del TEDH se han identificado alusiones a las autoridades públicas (tribunales y fiscales) para que apliquen o interpreten la legislación nacional o el derecho interno de acuerdo a los cánones o parámetros que establece el TEDH, lo que constituye un rasgo, también, característico del control de convencionalidad americano.

También, dentro del sistema de protección del TEDH, si bien, en principio los efectos de las sentencias de este órgano son inter partes, también es cierto que, como en los casos de Italia, Suiza y Alemania, por ejemplo, el lugar que ocupan estas sentencias del TEDH son de parámetro normativo, interpretativo y hasta preventivo en sus ordenamientos jurídicos internos, lo que, al menos en estos Estados, lo que son claras luces de la existencia de un control de convencionalidad americano al menos en estos países citados, mas que en otros dentro de Europa.

Resulta mucho más clara la tendencia de comparación y equiparación del control de convencionalidad interamericano con la función que tiene la Unión Europea en la protección de los derechos fundamentales, que lo realiza el Tribunal de Luxemburgo, pues en ambos, se observa la característica de la aplicación, por parte de los jueces nacionales e incluso de todo el aparato institucional estatales, de un derecho supranacional (la CADH por un lado y el Derecho de la Unión Europea tanto originario

como derivado por otro), y la primacía de este frente a una incompatibilidad con el derecho interno, influenciado.

El caso *Simmenthal* (TJUE) y el caso *Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile* (CIDH) evidencian los mismos elementos que otorgan la facultad de uso del control de convencionalidad: incompatibilidad de normas de derecho interno y derecho supranacional, posibilidad de inaplicación de la norma interna y su aplicación o ejercicio de oficio por parte de los órganos públicos internos, y por tanto esta facultad del juez nacional (u otro órgano) de cualquiera de los 27 Estados miembros de la Unión Europea es el correlato directo del control ejercido por los organismos nacionales americanos de los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

El caso español no se compara con el caso de Italia, Suiza o Alemania, como se manifestó anteriormente, puesto que en aquel Estado ha ocurrido algo inesperado y curioso. El control de convencionalidad, que ahora es aceptado en España no ha sido creación jurisprudencial por parte de un organismo internacional de derechos humanos, como lo son el Tribunal de Estrasburgo o el Tribunal de Luxemburgo, sino por el propio Tribunal Constitucional Español, que ha importado la figura del control de convencionalidad del continente americano, precisamente del sistema interamericano de Derechos Humanos, donde nació esta figura, dotando de facultades a los jueces y tribunales españoles para realizar este control y además, no toma como base un instrumento normativo particular, como podría ser el CEDH o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, sino a modo general, un control de todo tratado internacional, dándole al juez la facultad de inaplicar, en un caso concreto, una norma nacional interna para hacer uso de una disposición de carácter internacional como las contenidas en los tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA:

- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ P. “Antecedentes de la doctrina del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho Procesal Constitucional en perspectiva histórica*, 1ra edición, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juan Antonio Magaña de la Mora y Emmanuel Roa Ortiz. (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018), 1-17.
- REY CANTOR E., *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, 1ra Edición, (México D.F.: Porrúa, 2008), 47.
- PEDRO SAGUES N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, editado por Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. (Talca: Universidad de Talca, 2010), 117-136.
- LINDE, E., IGNACIO ORTEGA, L., y SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos – Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2da Edición. (Madrid, Edit. Civitas S.A., 1983), 62.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Tribunal Europeo De Derechos Humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).
- RUIZ MORALES, M., “El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N°21*, (2017), 129-160.
- GUILLÉN LÓPEZ E., “Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una Perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional N° 42* (2018): 335-370.
- ANAGNOSTOU D., “Untangling the domestic implementation of the European Court of Human Rights’ judgments”. En *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg’s Judgments on Domestic Policy*, editado por Dia Anagnostou, (Edimburgo: Edinburgh University Press, 2013), 1-24.

- MANGAS MARTIN A., “Artículo 51. Ámbito de aplicación”. En: *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, dirigido por Araceli Mangas Martín, (Bilbao: Fundación BBVA, 2008), 813-815.
- NUEVO LÓPEZ P., “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea». *Revista catalana de dret públic*, N° 50 (2015):141-160.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., “El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Común. Las Transformaciones Constitucionales Dimanantes de Ello”, Comunicación presentada en la Conferencia pronunciada como "lección magistral" en el acto académico de investidura del autor como doctor honoris causa por la Universidad de Messina, en Messina, Italia, el 11 de noviembre de 2004.https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5738/7534#N*
- GROPPI T., “La «Primauté» del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional Nacional: Un Punto de Vista Comparado”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 5, (2006): 225-243.
- FONDEVILA MARÓN M., “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23, N° 2, (2019), 439-458.
- JIMENA QUESADA, Luis. “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 53, (2019) p. 434-461.

SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS DE APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO IBEROAMERICANO¹

CONSTITUTIONAL SYSTEMS AND CLAUSES OPENNESS TO INTERNATIONAL LAW. SPECIAL REFERENCE TO THE IBERO-AMERICAN AREA

Ernesto Rey Cantor²

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Descripción normativa de los sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al Derecho Internacional en Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos en el cual se clasificarán dos sistemas constitucionales con el objeto de verificar empíricamente la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) sobre el ordenamiento jurídico interno en América Latina, República Dominicana y Haití. Los sistemas son: Sistema con Constituciones con tendencia monista a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (i), y Sistema con Constituciones sin tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ii).

PALABRAS CLAVE: Sistemas Constitucionales, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Iberoamérica.

ABSTRACT

Normative description of the constitutional systems and opening clauses to International Law in Member States of the Organization of American States in which two constitutional systems will be classified in order to empirically verify the primacy

¹ Artículo recibido el 24 de mayo de 2021 y aprobado el 07 de junio de 2021.

² Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España).

of International Human Rights Law (hereinafter DIDH) on the domestic legal system in Latin America, the Dominican Republic and Haiti. The systems are: System with Constitutions with a monistic tendency to the primacy of International Human Rights Law (i), and System with Constitutions without tendency to the primacy of International Human Rights Law (ii).

KEYWORDS: Constitutional Systems, International Law, Human Rights, Latin America.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. SISTEMA CON CONSTITUCIONES CON TENDENCIA MONISTA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. II. SISTEMA CON CONSTITUCIONES SIN TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. INTERCONEXIÓN NORMATIVA DE CONSTITUCIONES CON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. 3.1. La recepción de los tratados internacionales de derechos humanos por el ordenamiento jurídico interno. 3.2. Los límites heterónomos provenientes de tratados internacionales de derechos humanos. 3.3. Cláusula de jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos. 3.4. Cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3.5. Cláusula de prevalencia. 3.6. La nueva arquitectura constitucional y sus aportes. 3.7. La tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. IV. LA APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DEL ACERVO CONVENCIONAL V. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. 5.1. Origen francés. 5.2. Antecedente español. 5.3. Corte Constitucional de Colombia. 5.4. Nuestro concepto. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

Se trata de la descripción normativa de los sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al Derecho Internacional en Estados Miembros de la Organización de Estados

Americanos (en adelante la OEA)³, en el cual se clasificarán dos sistemas constitucionales con el objeto de verificar empíricamente la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) sobre el ordenamiento jurídico interno en América Latina, República Dominicana y Haití. Los sistemas son: Sistema con Constituciones con tendencia monista a la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (i), y Sistema con Constituciones sin tendencia a la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ii).

En el primer sistema se seleccionan doce Constituciones con cláusulas de apertura al DIDH; con este sistema se explica una nueva arquitectura constitucional con la función que desempeña cada una de estas cláusulas a la luz de la doctrina especializada, incluyendo la novedosa cláusula constitucional transitoria que incorporó el Acuerdo Final para la Paz colombiano (en adelante Acuerdo Final o AFP) como parámetro de interpretación y validez.

El principio de la primacía del *acquis conventionnel*⁴ (o acervo convencional: Convención Americana sobre Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se formula en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), relacionado con la descripción normativa de los sistemas constitucionales en América Latina y parte del Caribe que clasificaré y propondré como modelos, en el escenario de la OEA, con los Estados Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el lapso comprendido entre 1991 y 2017, con énfasis en la Constitución de Colombia de 1991, por ser el primer modelo con una tendencia monista a la primacía del DIDH con tres cláusulas de apertura.

¿Por qué durante este lapso? La Constitución de Colombia es la primera que se expidió en 1991, y la Constitución de México de 2011 es la última de las Constituciones

³ Organización Internacional de Estados integrada por 22 Estados de Norte América, Centro América, América del Sur y 13 islas del Caribe.

⁴ “El *acquis conventionnel* o acervo convencional conformado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 4, 76, 136, 138, 404 y 405, quien toma prestada la expresión de *acquis conventionnel* de ALEJANDRO SAÍZ ARNAÍZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13, 76, 138 y 144. Expresión francesa que utilizaré *in extenso* en el presente trabajo, aplicable en el SIDH.

con dicha tendencia. Se aclara que la Constitución colombiana ha sido reformada por el Acto Legislativo 01 de 2001 que incorporó el Estatuto Penal de Roma, y por el Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz –en adelante MJP–), por medio del cual se constitucionalizó la justicia transicional y se crearon los mecanismos constitucionales procesales de priorización y selección, y la renuncia condicionada a la persecución judicial de todos los casos que no se seleccionen. Así mismo se reformó transitoriamente la Constitución mediante los Actos Legislativos 01, 02 y 03 de 2017, implementado el Acuerdo Final para la Paz (un acuerdo político); sólo me ocuparé de este A.L. 01.

En la proposición de la clasificación de los sistemas constitucionales seguiré las enseñanzas en Derecho constitucional comparado de los profesores italianos Giuseppe Vergontini⁵ y Lucio Pegoraro y Angelo Rinella⁶.

Se clasifican dos sistemas constitucionales en los Estados latinoamericanos y del Caribe a manera de panorama normativo, con el fin de ofrecer un somero, sencillo y breve examen en derecho constitucional comparado en derechos fundamentales y derechos humanos, con el objeto de verificar empíricamente la primacía del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno, e identificar una tendencia monista de algunas Constituciones.

I. SISTEMA CON CONSTITUCIONES CON TENDENCIA MONISTA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS⁷

Este sistema se caracteriza porque las Constituciones contienen cláusulas similares con algunas diferencias formales a partir de tres criterios: la *jerarquía* constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (i); la *prevalencia*

⁵ DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Derecho constitucional comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

⁶ PEGORARO, LUCIO y RINELLA ÁNGELO, *Diritto costituzionale comparato, Aspetti metodologici*, Cedam, Italia, 2013. PEGORARO, LUCIO, “Comparación jurídica y uso «externo» de otras ciencias”, en *AVANCES, Revista de Investigación Jurídica*, N° 7, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel, enero/diciembre, Lima, 2012, pp. 296, 298, 307, 341 y 344.

⁷ De 35 Constituciones de Estados Miembros de la OEA, solo 12 tienen dicha configuración normativa, lo que equivale a un 34,28 %.

de estos instrumentos sobre el ordenamiento jurídico interno (ii), y la *interpretación conforme* al DIDH (iii). Estos Estados son Parte en la CADH y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Este sistema lo presento como modelo de control de convencionalidad fortalecido, porque, como se observará, las Constituciones tienen una particular configuración normativa apta para resolver los conflictos normativos de inconvencionalidad mediante dicho control. Son estas las llamadas por la doctrina cláusulas constitucionales de “*remisión*” o “*cláusulas abiertas*” o “*cláusulas bisagra*” o “*estatalidad abierta*” a otras fuentes del Derecho internacional.

Presento el primer sistema constitucional y selecciono en orden las siguientes Constituciones vigentes de Norte América, Centro América, América del Sur, y dos Constituciones del Caribe con tendencia a la primacía y a partir de los tres criterios mencionados:

Constituciones que asignan jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las Constituciones de Venezuela (1999)⁸, artículo 23; Argentina (reformada en 1994), artículo 75, inciso 22; Nicaragua (reformada en 1995), artículo 46; Bolivia (2009) artículo 410 II y la Constitución de República Dominicana (2010), artículo 74, núm. 3⁹.

Constituciones con cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Constitución de Haití (1987), artículo 19; Constitución de Perú (1993), cuarta disposición transitoria; Constitución de Colombia, artículo 93¹⁰; Constitución de Bolivia, artículos 13 IV y 256 II, y Constitución de los Estados Unidos de México (reformada en 2011), artículo 1.

Constituciones con cláusula de prevalencia. Brasil (1988), artículo 4 II, Constitución de Colombia (1991), artículo 93; Constitución de Guatemala (1993),

⁸ Se aclara que Venezuela denunció, y por tanto ya no es Parte en la CADH, asumiendo una posición *estatalista* y retadora ante el SIDH. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela declaró una sentencia de la Corte IDH como “no ejecutable” (Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros, Sentencia N° 1939 de diciembre 18 de 2008).

⁹ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN considera que los tratados de derechos humanos tienen valor *supraconstitucional* en las Constituciones de Bolivia (2009), artículo 256.I, y de Ecuador (2008), artículo 424. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional, en la obra colectiva *Ius constitucionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., pp. 445 a447.

¹⁰ Reformada mediante el Acto Legislativo 02 de 2017, que introdujo una cláusula de interpretación conforme al DIH, y con tendencia a la primacía del DIH; es un modelo único en el derecho constitucional comparado en América Latina.

artículo 46; Constitución de Venezuela (1999), artículo 23; Constitución de Ecuador (2008), artículo 424 inciso 2, y Constitución de Bolivia (2009), artículos 13 IV y 256 I.

Dichas “Constituciones son un prodigio de originalidad”¹¹, resalta Canosa Usera.

Adelante explicaré los conceptos de las cláusulas de jerarquía, de interpretación conforme y de prevalencia, siguiendo la doctrina europea y latinoamericana.

II. SISTEMA CON CONSTITUCIONES SIN TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este sistema se caracteriza porque las Constituciones no contienen normas de *primacía* del DIDH verificables empíricamente; luego “donde no existe ese mandato expreso, la obligación está implícita o inmanente”¹². Este sistema no lo desarrollaré ya que las Constituciones omiten esa particular configuración normativa. No obstante, se podría enunciar una fórmula genérica para resolver los conflictos normativos de inconventionalidad mediante la interpretación *secundum conventionem*. Este sistema lo presento como modelo de control de convencionalidad debilitado.

Un modelo con marcada tendencia a la primacía constitucional corresponde a la nueva Constitución de Cuba de 2019, porque esta “prima sobre [los] tratados internacionales”, artículo 8, artículo 12 y Preámbulo (anti-imperialismo, marxista, leninista, etc.).

El sistema con doce Constituciones con tendencia a la primacía del DIDH será el que desarrollaré, aclarando que no me referiré específicamente a cada una de estas Constituciones, sino a la Constitución de Colombia de 1991, reformada transitoriamente, como se advirtió en 2017, incorporando una cláusula transitoria que remite al AFP, siendo el Derecho Internacional Humanitario un parámetro de interpretación que obligatoriamente debe aplicar la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante la JEP). En síntesis, la Constitución colombiana marca una primacía del Derecho Internacional de

¹¹ CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2015. p. 19.

¹² GARCÍA ROCA, JAVIER, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2019, p. 53.

los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional; modelo único en el derecho constitucional latinoamericano comparado.

El sistema jurídico colombiano tiene “naturaleza monista –el derecho internacional es exigible en el ámbito doméstico– con fundamento en el artículo 93 CP”¹³.

III. INTERCONEXIÓN NORMATIVA DE CONSTITUCIONES CON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Se trata de un modelo de constituciones interconectadas con instrumentos internacionales de derechos humanos que proviene de las Constituciones de Portugal de 1976¹⁴ y España de 1978¹⁵ con notoria tendencia *monista* con particular referencia a la segunda. En efecto, “el artículo 10.2 debe comprenderse también como una regla de relación entre el ordenamiento interno y los ordenamientos internacionales”¹⁶. “Uno de los ámbitos en que se refleja este espíritu de apertura al derecho internacional es el de la protección de los derechos humanos, donde la Constitución española fue innovadora”¹⁷.

En esta parte me referiré a las cláusulas constitucionales de jerarquía, de apertura y de prevalencia¹⁸, con el fin de verificar las interconexiones normativas entre el

¹³ BERNAL PULIDO, CARLOS, “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del Marco Jurídico para la Paz”, en la obra colectiva *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 333.

¹⁴ Art. 16: “1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales *deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*”.

¹⁵ Art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce *se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

¹⁶ GARCÍA ROCA, JAVIER, *La recepción constitucional de la idea de ordenamiento jurídico y su impacto en las fuentes del Derecho* (trabajo inédito), Madrid, 2020, p. 8.

¹⁷ FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R. y ALCOCEBA GALLEGO, AMPARO, “La idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional”, en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Barcelona, Instituto de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 775.

¹⁸ Cláusula de *jerarquía* de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cláusula de *apertura* constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y cláusula de *prevalencia* para resolver los conflictos normativos de inconventionalidad. Estas cláusulas modifican el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte en la CADH. La jurisprudencia de algunos Tribunales constitucionales latinoamericanos, en gran parte, giran alrededor de la aplicación de estas cláusulas, que en su origen están pensadas en el principio de la supremacía de la Constitución y el

ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional, y teóricamente establecer la primacía de este ordenamiento sobre aquél, en el constitucionalismo de América Latina y dos Constituciones del Caribe, según el novedoso diseño arquitectónico de las doce¹⁹ Constituciones que conforman los sistemas constitucionales anteriormente clasificados, particularmente a partir de la Constitución colombiana reformada en 2017.

Explicué anteriormente que algunas constituciones de América Latina contienen normas (con los tres criterios anunciados) de interconexión con las normas que reconocen derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, la CADH. Como se advirtió de las Constituciones del Caribe, solo seleccionaré la Constitución de República Dominicana y la de Haití, todo lo cual precisa inferir una realidad constitucional diferente a la europea por razones que se explican en otro apartado.

“El fenómeno de la interconexión de ordenamientos jurídicos, con tantas posibles consecuencias y significados, puede ser contemplado en lo que tiene que ver con el modelo de fuentes del derecho”²⁰, porque a esos ordenamientos, repito, se interconectan instrumentos internacionales de derechos humanos como una nueva fuente del derecho. De esta forma, “el concepto de ordenamiento se reformula en el Estado constitucional de Derecho”²¹, que trataré a continuación.

El planteamiento del título es desafiante y provocador para quienes desconocen la realidad constitucional latinoamericana y del Caribe. “De este planteamiento se deducen también los principales problemas para la comprensión de la forma en que se

principio de jerarquía, principios que provienen de la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica por parte de la Corte Suprema de Justicia (caso Marbury contra Madison, Sentencia de 1803), en el marco del control difuso de constitucionalidad de las leyes que inspira la gran mayoría de las Constituciones en América Latina, diferente a la realidad constitucional europea con un control concentrado de constitucionalidad, en escenarios y contextos distintos (económicos, sociales, políticos, religiosos y culturales).

¹⁹ Aclaro que solo me referiré a las Constituciones más citadas por la doctrina, obvio con particular referencia a la Constitución de Colombia de 1991, reformada en 2012 y 2017 incorporando una *justicia transicional*, un modelo *sui generis* de justicia en el derecho constitucional comparado.

²⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson y Civitas, Madrid, 2004, p. 25.

²¹ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 69, Año 23, septiembre/diciembre, Madrid, 2003, pp. 181-213.

plasma la supremacía jurídica de la Constitución”²², en especial en América Latina, por la novedosa construcción arquitectónica de algunas Constituciones con viraje hacia el DIDH (entendido como un conjunto de Declaraciones y Tratados internacionales que reconocen derechos humanos), del que proviene el principio de primacía del acervo constitucional para interconectarse con el principio de supremacía de las Constituciones, generando una metamorfosis en los ordenamientos jurídicos internos en el que se asienta el Estado de Derecho con su sistema de derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos.

3.1. La recepción de los tratados internacionales de derechos humanos por el ordenamiento jurídico interno.

Manuel Becerra Ramírez afirma que “en la doctrina se pueden reconocer dos sistemas de recepción de los tratados: la doctrina de incorporación y la de transformación”²³, recepción que depende de lo que establezcan las Constituciones de los Estados.

La recepción de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno implica resolver tres problemas, según Gutiérrez Espada y Cervell Hortal:

“Es preciso determinar los procedimientos técnicos mediante los que las normas internacionales pasan a formar parte del Derecho interno (su *«recepción»*).

”Seguidamente debe dilucidarse cuál es el rango que a las normas internacionales corresponde en el esquema de fuentes del sistema del Estado (su *«jerarquía»*); y

”Habría que referirse a la cuestión de la *«aplicación»* por los órganos del Estado del Derecho internacional que forma parte de su sistema interno”²⁴.

En otras palabras, ¿cómo ingresan los tratados de derechos humanos –la *“recepción”*– en el ordenamiento jurídico interno? En efecto, se realiza mediante un

²² BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, Bilbao, 2005, p. 72.

²³ BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, *La recepción del Derecho Internacional en el derecho interno*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, p. 25.

²⁴ GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL, *Curso General de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 272.

“acto de recepción” “y, en su caso, ¿cuál debe ser éste?”²⁵ Puede ser una ley expedida por el Congreso, mediante la cual se aprueban los tratados internacionales²⁶; “bien entendido que tal recepción es independiente de la manifestación de la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente por el tratado”²⁷.

¿Cuál es su fuente: dualismo o monismo?²⁸ ¿Dónde se ubican dichos tratados una vez formen parte de dicho ordenamiento? O sea, ¿cuál es su jerarquía: constitucional o infraconstitucional? Definidas la recepción y la “jerarquía” de los tratados, ¿cómo se efectúa su “aplicación”? Si es directa o no la aplicabilidad de las normas del tratado, ello depende, en parte, de si las normas que reconocen los derechos humanos están o no configuradas como normas *self-executing*²⁹. Adelante resolveré lo relacionado a la jerarquía y aplicabilidad de los tratados.

Algunas Constituciones establecen el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales. Recepcionado con control de constitucionalidad y en vigor³⁰ “el tratado se convierte en norma nacional”³¹ (ejemplo, la CADH), siendo “norma interna de fuente internacional, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico”³².

²⁵ RIDRUEJO PASTOR, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Edit. Tecnos, Madrid, 2014, p. 169.

²⁶ Por ejemplo, las Constituciones de Colombia y de Argentina; o el Senado mexicano es el que aprueba el tratado. Mediante la publicación oficial del tratado lo establece la Constitución de República Dominicana en el artículo 26, numeral 2.

²⁷ RIDRUEJO PASTOR, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, ob. cit., p. 174.

²⁸ No profundizaré en el debate del dualismo o monismo; me propondré demostrar que las nuevas cláusulas constitucionales latinoamericanas y algunas caribeñas tienen una tendencia *monista*, con **primacía** del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno, en la hipótesis de conflictos normativos entre normas internas y normas del DIDH, el DIH y el DPI.

²⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, CESARIO, *Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 627 y 641. PIZA R., RODOLFO E. y TREJOS, GERARDO, “La auto aplicación (*self-executing*) de las normas del Derecho internacional en el Derecho interno”. Especial referencia a la auto-aplicación de la CADH, pp. 249 y 301, en VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, *Introducción al derecho internacional*, Edit. Juricentro, San José de Costa Rica, 1979, pp. 245 y ss. REY CANTOR, ERNESTO, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos*, 2ª ed., Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2007, pp. 99 y 130.

³⁰ “Es el momento en el que un tratado adquiere plena eficacia, esto es, deviene obligatorio y es susceptible de aplicación directa, dependiente de su carácter *self-executing*”. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público*, T. II, *Derecho de los tratados*, ob. cit., pp. 260 y 272.

³¹ CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 22.

³² FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Protección jurídica constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en PÉREZ ROYO, JAVIER; URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO y CARRASCO DURÁN, MANUEL (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano Derecho Constitucional*, T. I, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1727-1746.

En lo sucesivo partiré del supuesto que se ha producido la recepción de la CADH en el ordenamiento jurídico interno, y de que el Estado es Parte³³ en la CADH y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. La CADH es derecho interno, “es decir, que cuando la [CADH] entró en el ordenamiento penetraba una norma de insospechado alcance, lo que significa la posibilidad de desplazar el derecho interno”³⁴. “Una vez integrada, la Constitución hace suya la norma externa”³⁵. Por consiguiente, se interconectan normas internas con normas de origen internacional para su aplicabilidad.

De la aplicabilidad de un tratado de derechos humanos se podrían presentar conflictos normativos o antinomias: normas internas que contradicen las normas convencionales de derechos humanos, que se resolverían con una interpretación conforme, o por medio del control de convencionalidad, haciendo operativo el principio de la primacía del DIDH.

Concluyo esta parte. “Una vez que el Estado ha ratificado válidamente [la CADH] aquél queda obligado por el [*acervo convencional*]”³⁶, el cual deberá ser aplicado directamente por el juez interno.

3.2. Los límites heterónomos provenientes de tratados internacionales de derechos humanos

Los tratados de derechos humanos en vigor establecen límites *heterónomos* al ejercicio del poder constituyente constituido³⁷ del Estado que se ha hecho Parte en el tratado; se trata del contenido material de los límites internacionales del poder constituyente³⁸; precisa Requejo Pagés lo siguiente: “En razón de su singular régimen de aplicación, limitan, incluso, a la Constitución misma, relegada en su operatividad

³³ El Estado ha hecho el depósito del instrumento de ratificación o de adhesión de la CADH.

³⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson y Civitas, Madrid, 2004, p. 71.

³⁵ REQUEJO PAGES, JUAN LUIS, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 34, Año 12, enero-abril, Madrid, 1992, p. 49.

³⁶ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 411.

³⁷ Cfr. VANOSSI, JORGE REINALDO, *Supremacía y control de constitucionalidad. Teoría constituyente*, T. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 99.

³⁸ Cfr. Díez-PICAZO, LUIS MARÍA, “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, enero-abril, Madrid, 2000, p. 17.

inmediata a la prevalencia de las normas de aquellos sistemas”³⁹ [internacionales]. Por ejemplo, si en una Constitución se había establecido la pena de muerte, y posteriormente se deroga esta norma, y luego el Estado se convierte en Parte en la CADH que protege el derecho a la vida (artículo 4), en lo sucesivo queda limitado para reformar la Constitución para restablecer la pena de muerte que había abolido (numeral 3). En efecto, se trata del Estado constitucional convencionalmente limitado.

“El derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados” [y en ciertas situaciones] “no solo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección internacional de los derechos humanos”⁴⁰.

Es el mismo poder constituyente el que decide soberanamente limitar su ejercicio hacia el futuro, que también se extiende a la soberanía, a la división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Explicaré la configuración de las cláusulas constitucionales enunciadas en el título con las siguientes características y alcances que señala la doctrina.

Laurence Burgorgue-Larsen, expresa: “Así, adoptar las Constituciones modernas consistió en situar el derecho internacional de los derechos humanos en lugares privilegiados en la jerarquía de normas, pero también en organizar el hecho que dicho derecho pudiera primar sobre el derecho constitucional. Esa «especificidad» es el mayor rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano”⁴¹.

En similar sentido Héctor Fix Zamudio, advierte que:

“Como puede observar, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, se advierte una tendencia cada más acentuada para otorgar a los tratados internacionales, en general, una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos

³⁹ REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 61, 62, 110 y 111.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Castillo Petrucci contra Perú, Sentencia de mayo 30 de 1999, párr. 101.

⁴¹ BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en la obra colectiva *Ius constitucionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck Instituto, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, México, 2014, pp. 445 a 447.

últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita)”⁴².

Además, las Constituciones iberoamericanas han reconocido la supremacía del derecho convencional respecto de los derechos humanos.

El constitucionalista alemán Armin Von Bogdandy, al precisar la conformación del *ius constitutionale commune latinoamericanum*, señala que “estaría compuesto por normas internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas”⁴³; o la llamada “estatalidad abierta” según denominación de Mariela Morales Antoniazzi⁴⁴. “Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la Convención Americana y demás instrumentos del ordenamiento interamericano y, por otra parte, las propias Constituciones con su apertura estructural”⁴⁵.

Refiriéndose a las cláusulas constitucionales de apertura, Manuel Eduardo Góngora Mera reconoce que en “la mayoría de los países de la región se ha introducido en sus Constituciones diversas cláusulas en las que se les concede a los instrumentos de derechos humanos una jerarquía diferenciada”⁴⁶.

Con fundamento en la mencionada tendencia, a continuación, desarrollaré el tema anunciado de las nuevas cláusulas constitucionales.

⁴² FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “La creciente internacionalización de la Constituciones Iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* UNAM, México, pp. 584, 591, 592 y 598.

⁴³ VON BOGDANDY, ARMIN, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en la obra colectiva de ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. 19.

⁴⁴ MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en *Estudios avanzados de Derechos humanos*, Elsevier, Sao Paulo, 2013, pp. 178-227.

⁴⁵ MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., pp. 277 y 278.

⁴⁶ GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius constitutionale commune latinoamericano*”, en la obra colectiva *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. UNAM, México, p. 303.

3.3. Cláusula de *jerarquía* de los instrumentos internacionales de derechos humanos

En efecto, “la cuestión de la jerarquía de las normas (y de la determinación de cuál de ellas debe prevalecer) ha sido tradicionalmente reservada al Derecho constitucional”⁴⁷; “pero no siempre se ha podido garantizar de esta manera que la *primacía internacional* de los tratados encuentre en la primacía interna su correspondencia”⁴⁸ (cursivas fuera del texto).

En el ámbito interamericano, las Constituciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela, otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos. “La *jerarquía* de la Convención Americana se reconoce frecuentemente en las Constituciones latinoamericanas”⁴⁹ (cursivas fuera del texto).

La Constitución de República Dominicana (2010) expresamente reconoce la jerarquía de dichos tratados (art. 74, numeral 3) e implícitamente la Constitución de Bolivia reconoce dicha jerarquía⁵⁰ al mencionar la denominación bloque de constitucionalidad “integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos” (arts. 410 II); única Constitución en América Latina que utiliza esa denominación y con jerarquía de *supraconstitucionalidad*, según Laurence Burgorgue-Larsen⁵¹.

“El grado de apertura mayor se produce cuando la Constitución atribuye a los tratados sobre derechos el valor de norma constitucional”⁵². En efecto, “hay Constituciones que han preferido constitucionalizar [los tratados] con mención expresa

⁴⁷ CANCADO TRINDADE, ANTONIO A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 285.

⁴⁸ REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho internacional público*, T. II. *Derecho de los tratados*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 334.

⁴⁹ GARCÍA ROCA, JAVIER y CARMONA CUENCA ENCARNACIÓN (Editores), “¿Hacia una globalización de los derechos? *El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, p. 58.

⁵⁰ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, con fundamento en el artículo 256 I considera que los tratados de derechos humanos tienen *jerarquía supraconstitucional*. Véase *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*. UNAM, México, p. 447.

⁵¹ “Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente *sobre ésta*” (cursivas fuera del texto).

⁵² CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 22.

y determinada de cada uno”⁵³, ejemplos, las Constituciones de Argentina (art. 75, núm. 22) y de Nicaragua de 1987, reformada en 1995 (art. 46); en la primera el constituyente enumeró once instrumentos/tratados internacionales asignándoles expresamente jerarquía constitucional, y en la segunda enumeró cinco sin definir su posición jerárquica, lo cual no obsta para considerar que dichos instrumentos implícitamente están abrigados por la supremacía y jerarquía constitucionales. Porque dichas normas derivan de la voluntad del poder constituyente que quiso nominar uno a uno los instrumentos de derechos humanos [que] se incorporan al derecho nacional con el valor de norma constitucional”⁵⁴; “precisamente por eso, la afirmación implícita en la propia Constitución de que ella es la norma superior jerárquica. Esa es la idea que justamente expresa la supremacía jurídica de la Constitución, la de que todas las normas de los ordenamientos jurídicos se hallan sometidas jerárquicamente a la Constitución”⁵⁵, con los efectos de fuerza normativa que ello implica.

¿Ingresarían en la Constitución los tratados internacionales? No. Son “(...) los contenidos materiales de los derechos humanos allí reconocidos, [los] que se vierten en el contenido constitucional de los respectivos derechos constitucionales”⁵⁶, gozando de supremacía material.

Como se infiere de la realidad constitucional la jerarquía surge como pieza que se encuentra en la construcción formal de Constituciones de América Latina caracterizadas por su supremacía. “Sin el principio de jerarquía normativa no es posible organizar ningún ordenamiento o sistema jurídico moderno”⁵⁷, y así están configurados los ordenamientos jurídicos internos en los Estados cuyas Constituciones seleccioné.

Según Cristina Binder “el alto rango en la jerarquía normativa interna que le es acordado a la CADH en las Constituciones de la mayoría de los Estados latinoamericano, [es lo que] facilita considerablemente la recepción de la jurisprudencia

⁵³ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 458.

⁵⁴ CANOSA USERA, *ibídem*, ob. cit., p. 22.

⁵⁵ REQUENA LÓPEZ, TOMÁS, *El principio de jerarquía normativa*, Editorial Thomson Civitas, Navarra (España), 2011, p. 307.

⁵⁶ ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 234.

⁵⁷ REQUENA LÓPEZ aclara que en la actualidad el principio de jerarquía se aplica más como criterio de solución de conflictos entre normas internas de distinto nivel, que necesita de la implantación de un sistema de justicia constitucional que define la validez o invalidez de las normas. Ob. cit., pp. 43, 49 a 57 y 101.

de la Corte Interamericana”⁵⁸, concretamente el acervo convencional, evidenciando una realidad constitucional latinoamericana.

También existen Constituciones que expresamente no consagran dicha jerarquía; ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha definido dicha jerarquía constitucional, según algún sector de la doctrina⁵⁹.

Entre esas Constituciones merece especial atención la Constitución de Colombia de 1991 que, aunque no lo dice expresamente, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que le ha asignado jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos⁶⁰. También ha considerado el Tribunal que “las disposiciones del *ius cogens* en tanto normas imperativas del derecho internacional tienen una jerarquía especial y, en esa medida, la Constitución se encuentra a ellas sometida”⁶¹, “la Corte ha admitido que se incorporen al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales que conforman el Derecho Internacional Humanitario, así como las normas del *ius cogens* que se constituyen igualmente en parámetro de constitucionalidad para ejercer el control de constitucionalidad”⁶², “son normas situadas en el mismo nivel constitucional, como sucede con los convenios de Derecho Internacional Humanitario”⁶³. Con estatus de *ius cogens* se caracterizan las normas que tipifican los crímenes internacionales en el Estatuto de Roma.

Finalmente, preciso que el principio de jerarquía normativo se utiliza como un criterio de resolución de conflictos normativos entre normas válidas (de distinto nivel de graduación) que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico, “según el cual la norma

⁵⁸ BINDER CHRISTINA, “¿Hacia una Corte Constitucional en América Latina?, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI, Coordinadores), Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck- Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 159-188.

⁵⁹ MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 256 y 257. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del Caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación*, Edit. La Ley, Buenos Aires 2010 C, p. 1195, y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *La Corte Suprema de Justicia reafirma el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad de oficio*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 197, entre otros autores.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia 067 de 2003.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-269 de 2014.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-664 de 2013.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencias C-538 de 1997 y C-225 de 1995.

de rango superior prevalece, en caso de conflicto, sobre la de rango inferior”⁶⁴; cláusula con base en la cual los Tribunales Constitucionales resuelven dichos conflictos por vía del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, o el juez ordinario soluciona dicho conflicto normativo inaplicando la ley y aplicando la Constitución resuelve el caso concreto, por vía de excepción.

Para iniciar el siguiente aparte terminemos diciendo que “(...) la Constitución no es la única norma suprema, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones”⁶⁵, por ejemplo, la CADH, aclarando que son ordenamientos jurídicos con distintas caracterizaciones: el interno con la supremacía de la Constitución y el internacional con la primacía.

3.4. Cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

“Se trata de un modelo en el que es la propia Constitución la que prevé y obliga a los tribunales nacionales a realizar una apertura interpretativa de sus derechos fundamentales a los tratados internacionales en la materia. Con él se introduce una cláusula de apertura de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos reconocidos internacionalmente”⁶⁶.

“Diversas Constituciones de Iberoamérica siguen los pasos del artículo 10.2 C.E. y albergan cláusulas constitucionales de apertura que facilitan la recepción del acervo convencional⁶⁷”, en mi concepto, en el bloque de constitucionalidad para realizar la interpretación *secundum conventionem* que luego trataré.

⁶⁴ RUIZ SANZ, MARIO, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas* 23, Dykinson, Madrid, 2002, p. 73.

⁶⁵ MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ARMAN VON BOGANDO y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. 275.

⁶⁶ SANTOLAYA PABLO, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en la obra colectiva *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales constitucionales y Cortes Internacionales* (EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y ALFONSO HERRERA GARCÍA, Coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 448 y 449.

⁶⁷ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, p. 72. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTLIB/6041054>

Contienen expresamente esta cláusula de apertura las Constituciones de Haití (1987), artículo 19⁶⁸, la de Perú (1992), artículo transitorio 4⁶⁹, Colombia (art. 93, inciso 2⁷⁰), Bolivia (art. 13 IV⁷¹) y México (artículo 1⁷²).

En la Constitución de Colombia de 1991 se presenta una novedosa tendencia a la primacía con cláusulas constitucionales de apertura al DIH⁷³ y al DPI⁷⁴. Con motivo de la implementación del Acuerdo Final se aprobaron dos reformas constitucionales transitorias por la paz (Actos Legislativos 01 de 2017 y 02 de 2017). La segunda reforma en un solo artículo⁷⁵ configura un parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas de implementación y desarrollo del AFP, teniendo como referencia el DIH; reforma que no explicaré porque rebasa la extensión del presente artículo.

En cuanto al DPI se refiere la Corte Constitucional ha considerado disposiciones del ER como parámetro de constitucionalidad: artículos 6 (crimen de genocidio⁷⁶) 7 (crímenes de lesa humanidad⁷⁷) y 8 (de los crímenes de guerra⁷⁸). Se trata de los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

⁶⁸ Constitución de Haití, artículo 19: “El Estado tiene la imperiosa obligación de garantizar el derecho a la vida, a la salud, al respeto de la persona humana, a todos los ciudadanos sin distinción, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

⁶⁹ Constitución de Perú, artículo transitorio 4: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

⁷⁰ Constitución de Colombia, artículo 93: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁷¹ Constitución de Bolivia, artículo 13 IV: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

⁷² Constitución de México, artículo 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

⁷³ El artículo 214, núm. 2, establece que: “(...) en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”.

⁷⁴ A.L. 01 de 2001 que adicione el artículo 93 con el ER.

⁷⁵ Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así: “En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final (...), que correspondan a normas de *derecho internacional humanitario* o derechos fundamentales definidos en la Constitución y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente **parámetros de interpretación** y referente de desarrollo y **validez** de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final con sujeción a las disposiciones constitucionales” (negrillas y subrayado fuera del texto).

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 de 2009.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1076 de 2002.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-240 de 2009.

3.5. Cláusula de *prevalencia*⁷⁹

La cláusula de prevalencia se utiliza como un criterio de resolución de conflictos normativos entre una norma interna y una norma de un tratado internacional de derechos humanos, aplicables para decidir un caso concreto, el cual se resuelve aplicando esta e inaplicando aquella, por cuanto prevalece la norma internacional *en el* ordenamiento jurídico interno, o *sobre* la Constitución.

Manuel Eduardo Góngora Mera la denomina cláusula de primacía (*primacy clause*), según la cual “en caso de conflicto entre el derecho nacional y los tratados internacionales, priman éstos últimos”⁸⁰.

Esta cláusula de prevalencia mira sólo a resolver un problema de aplicación del Derecho, no de control de normas. ¿Qué derecho se aplica para resolver el caso? “La prevalencia equivale a decir aplicación de una norma en detrimento de otra, o sea, inaplicación”⁸¹.

Como se explicó, para resolver conflictos normativos entre normas de un mismo ordenamiento jurídico (ejemplo, ley violatoria de la Constitución) se aplica el principio de jerarquía, o conflictos entre una norma interna y una norma internacional (ejemplo, Constitución, ley, decreto, acto administrativo incompatible con un tratado de derechos humanos) se aplica la cláusula de prevalencia. En la primera forma de conflicto (de inconstitucionalidad) se podría resolver el conflicto normativo activando el control de constitucionalidad de la ley, y en la segunda (de inconvencionalidad) el control de convencionalidad de la norma interna. “De modo que las normas de [fuente

⁷⁹ La denominación de cláusula de prevalencia la adoptamos del derecho constitucional español, siendo su origen alemán. Su uso está limitado al proceso de aplicación del Derecho (...) solo determina de manera definitiva la norma aplicable y puede servir como criterio de decisión de fondo del conflicto”, BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y otros, *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 2010, p. 471. Mediante la cláusula de prevalencia se *aplica* una norma y se *inaplica* otra, y se resuelve un caso concreto sin juzgar la validez de esta; se trata de incompatibilidad entre dos normas aplicables a un mismo caso. En otras palabras, mediante la cláusula de prevalencia no se enjuicia la validez de la norma inaplicable, lo que sería objeto del control de constitucionalidad si se trata de una ley violatoria de la Constitución, que si se declara inconstitucional sería inválida y se retira del ordenamiento jurídico, mediante una sentencia de inconstitucionalidad.

⁸⁰ GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO, “Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties” in *Latin American through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, San José de Costa Rica, 2011, p. 91.

⁸¹ REQUENA LÓPEZ, ob. cit., pp. 241 y 309.

internacional] tendrían primacía en todo caso sobre las normas contradictorias de [fuente interna], incluso, como se ha indicado, sobre disposiciones constitucionales”⁸².

Es de aclarar que los conflictos normativos se presentan entre normas concretas y aplicables para resolver un caso, y no entre ordenamientos jurídicos *in abstracto*.

Contienen cláusulas de prevalencia las Constituciones de Colombia⁸³ (art. 93, inciso 1), Costa Rica (art. 7), El Salvador (art. 144), Honduras (art. 18), Venezuela (art. 23), Bolivia⁸⁴ (art. 13) y Ecuador⁸⁵ (art. 163), según Góngora Mera⁸⁶. La Constitución de Guatemala (art. 46), según Mónica Pinto⁸⁷, contiene la cláusula de prevalencia, o principio de prevalencia de los derechos humanos en la Constitución de Brasil (art. 4 II)⁸⁸.

En mi concepto, las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia me permiten una vez más afirmar que si la CADH prevalece en el orden interno, la jurisprudencia de la Corte IDH, como integrante del acervo convencional, también.

Destaco la Constitución de la República Dominicana debido a que tiene unas cláusulas específicas: los tratados de derechos humanos se configuran como normas de aplicación directa e inmediata en el artículo 74, numeral 3⁸⁹; se consagra el principio *pro personae* en el artículo 74, numeral 4⁹⁰; además en los artículos 8, 38, 68 y 184 algunos derechos fundamentales se formulan con la técnica de los derechos subjetivos. El artículo 6 se titula *Supremacía de la Constitución*, correspondiéndole al Tribunal

⁸² MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público. Parte General*, 2ª ed., Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, p. 593.

⁸³ Constitución de Colombia, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen** en el orden interno” (negritas fuera del texto).

⁸⁴ Constitución de Bolivia, artículo 256 I: “Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera **preferente** sobre ésta” (negritas fuera del texto).

⁸⁵ Constitución de Ecuador, artículo 424, inciso 2: “Los tratados de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, **prevalecerán** sobre cualquier otra norma jurídica” (negritas fuera del texto).

⁸⁶ GÓNGORA MERA, MANUEL, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius constitutionale commune* latinoamericano”, ob. cit., p. 304.

⁸⁷ PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 68.

⁸⁸ ARLINDO CARLESSO, LUCIANO, La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados de derechos humanos en perspectiva comparada (El principio de prevalencia de los derechos humanos), Tesis Doctoral, Sevilla, 2014, p. 171.

⁸⁹ Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 3: “(...) los tratados relativos a derechos humanos (...) son de aplicación directa e inmediata por los tribunales”.

⁹⁰ Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 4, los derechos se interpretarán: “(...) en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos”.

Constitucional garantizar dicha supremacía y la protección de los derechos fundamentales (arts.184 y 68). La Constitución (art. 5) y el Estado (art. 38) se fundamentan en el respeto al principio de la dignidad humana, el cual viene enunciado como un principio fundamental en el Preámbulo de la Constitución, y como un valor supremo la *fraternidad*.

“El constituyente dominicano se ha adherido a los principios del *monismo* que establece la primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno”⁹¹. No obstante, el gobierno dominicano ha incumplido la orden de la Corte IDH reformar la Constitución y la legislación en el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana*⁹².

Asimismo, la Constitución de Bolivia en el artículo 256 consagra el principio *pro personae*. Por otra parte, la Constitución del Ecuador en los artículos 11, 417 y 426 contiene normas *de* aplicación directa e inmediata, y consagra el principio *pro personae*; en el artículo 428 se establece el control de convencionalidad de las normas internas según Pablo Manili⁹³.

De esta forma he explicado el alcance de las tres cláusulas constitucionales, y concluyo afirmando que “las Constituciones, en una palabra, ya no son lo que eran”⁹⁴, y los tratados regionales de derechos humanos judicializados “tienen cuerpo de tratado y alma de Constitución”⁹⁵, como por ejemplo la CADH, que en cuerpo y alma tienen que ser aplicados a imagen y semejanza, como fueron diseñados en la nueva arquitectura constitucional latinoamericana para proteger a los seres humanos.

⁹¹ PRATS, JORGE EDUARDO, *Derecho Constitucional*, T. I, *Ius Novum*, Santo Domingo (República Dominicana), 2010, p. 240.

⁹² Corte IDH, Sentencia de agosto 28 de 2013.

⁹³ MANILI, PABLO LUIS, *Manual Interamericano de los Derechos Humanos*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2012, p. 185.

⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 27 y 28.

⁹⁵ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, *ob. cit.*, p. 54.

3.6. La nueva arquitectura constitucional y sus aportes

Esta obra arquitectónica configurada “por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas”⁹⁶ (normas constitucionales + normas internacionales) cierra con un nuevo techo constitucional/convencional articulando los ordenamientos jurídicos de las Constituciones de algunos Estados latinoamericanos con el DIDH, adoptando de esta manera “fórmulas tales, como «apertura» del Estado constitucional que «se» encuentra en forma de «cláusulas de apertura»”⁹⁷ hacia el DIDH.

Se trata de una novedosa arquitectura constitucional diseñada con definidos perfiles que rediseñan la supremacía y la jerarquía constitucionales para “abrir” las puertas “[para la introducción] de la doctrina del bloque de constitucionalidad por vía de la interpretación de cláusulas de apertura constitucional”⁹⁸ para una protección reforzada de los derechos humanos/fundamentales, “pues, en esencia, la clave es resguardar a la persona humana en su convivencia política”⁹⁹. Dichas cláusulas son medios para resolver, en algunos casos, antinomias entre una norma interna constitucional o infraconstitucional, y dichos tratados (ejemplo, la CADH), acudiendo a la cláusula de prevalencia del derecho aplicable para resolver el caso. “Esta solución es frecuente en Iberoamérica, donde se llega a admitir expresamente la *primacía* de la CADH que le permite desplazar normas internas”¹⁰⁰ (cursivas fuera del texto).

Como se observa, se trata de las interacciones entre el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional. Al respecto, Luis Ignacio Gordillo Pérez expresa:

“La existencia de interacciones entre ordenamientos jurídicos distintos, pero superpuestos, ha suscitado históricamente doctrinas en torno al problema de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno [entre otras] el

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, en *Anuario Filosofía del Derecho*, Dialnet, Sevilla, 2016, p. 36.

⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 28.

⁹⁸ GÓNGORA MERA, ob. cit., p. 303.

⁹⁹ CAMPOS BIDART, GERMÁN, *Teoría de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 353.

¹⁰⁰ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 49

«internacionalismo» (reconocimiento de la *primacía* del Derecho internacional), al que respondería la concepción monista”¹⁰¹.

Al respecto, coinciden en afirmar la primacía del Derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico interno un considerable número de autores¹⁰².

3.7. La tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Verificada la citada tendencia internacionalista puedo inferir también que de las precitadas Constituciones emerge una tendencia a la primacía del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno incluida la Constitución, derivada del principio de la *primacía* del Derecho internacional¹⁰³, que implica el sometimiento del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional en el entramado de la nueva tipología de interconexiones normativas constitucionales.

Esta dinámica se enriquece con la producción de una nueva jurisprudencia constitucional fruto del diálogo jurisdiccional entre los tribunales constitucionales, jueces constitucionales y ordinarios con la Corte IDH, bajo la luz radiante del *principio* de la primacía de la CADH. En efecto, “(...) la primacía de la CADH viene dada por el control de convencionalidad, el rango constitucional que algunas Constituciones reconocen a la Convención”¹⁰⁴. Dicha primacía convencional se inserta en el bloque de constitucionalidad, gozando de la misma jerarquía y supremacía constitucionales de los derechos fundamentales, formando un *corpus constitucional* definido “como el conjunto limitado de materias que forman una Constitución: el texto constitucional, y por otros materiales normativos no formalmente incorporados al concreto documento”¹⁰⁵.

¹⁰¹ GORDILLO PÉREZ, LUIS IGNACIO, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 19.

¹⁰² Remiro Brotons, Mariño, Orench y Del Moral, Cancado Trindade, Escobar Hernández y Ojinaga Ruiz, Mangas Martín y Liñán Nogueiras (internacionalistas), Queralt Jiménez, Gordillo, Díez-Picazo, Requejo Pagés, Bidart Campos, Vanossi, Sagüés, Ferrer Mac-Gregor, García Roca, Nogueira Alcalá y Ramelli Arteaga (constitucionalistas), y Martín-Retortillo Baquer (administrativista), entre otros autores citados hasta el momento.

¹⁰³ Cfr., “La primacía de los tratados internacionales ha sido siempre la posición defendida por la más alta jurisdicción internacional”. MANGAS MARTIN y LIÑÁN NOGUERAS, ob. cit., p. 387.

¹⁰⁴ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, ob. cit., p. 87.

¹⁰⁵ Cfr., GÓMEZ CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e Teoría da Constitucáo*, 6ª ed. Coimbra, 2000, p. 1059.

El acervo convencional ingresa el bloque de constitucionalidad articulado con esa estructura novedosa del ordenamiento jurídico interno de los Estados que hemos bosquejado; aquél de origen convencional y este de origen constitucional.

Es de aclarar que el citado novedoso diseño normativo con las nuevas cláusulas constitucionales facilitó a algunos Tribunales Constitucionales de América Latina construir jurisprudencialmente su propia doctrina del bloque de la constitucionalidad, con el liderazgo de la Corte Constitucional colombiana, cuya naturaleza jurídica deberá analizarse en el marco de la Teoría general del derecho, como diría Juan Luis Requejo Pagés¹⁰⁶.

Según explicaciones de Antonio Enrique Pérez Luño¹⁰⁷ se debe a la metamorfosis sufrida por los ordenamientos jurídicos contemporáneos europeos con repercusiones en América Latina. “Una de las consecuencias indirectas más relevantes de la constitucionalización formal es la casi inevitable transformación del principio jurisprudencial de primacía en cláusula constitucional de primacía”¹⁰⁸.

La citada doctrina española y latinoamericana me permite afirmar que los derechos humanos de fuente internacional, en mi concepto, forman parte del contenido material de la Constitución de forma expresa¹⁰⁹ o de manera implícita¹¹⁰ con jerarquía, validez, eficacia y fuerza normativa constitucionales¹¹¹, compartiendo dichos tratados la supremacía con la Constitución en la que se alojan los derechos humanos que estos instrumentos internacionales reconocen. “De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional”¹¹². “La misma tesis de la aplicación directa de la Constitución ha de ser entonces la tesis de la aplicación directa de la CADH”¹¹³; así

¹⁰⁶ REQUEJO PAGES, ob. cit., p. 116.

¹⁰⁷ PÉREZ LUÑO, “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, en *Anuario Filosofía del Derecho*, Dialnet, Sevilla, 2016, p. 36.

¹⁰⁸ CRUZ VILLALÓN, ob. cit., p. 78.

¹⁰⁹ Por ejemplo, el Código Procesal Constitucional de Bolivia, en el artículo 2.I.2, preceptúa lo siguiente: “En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional”.

¹¹⁰ Con las cláusulas de apertura de las Constituciones latinoamericanas, dominicana y haitiana que seleccioné.

¹¹¹ Cfr. REY CANTOR, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos*. Ob. cit., pp. 168 y 175.

¹¹² FERRER-MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro (México), 2012, p. 142.

¹¹³ Cfr. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Parte General. 4ª ed. Talleres Gráficos, Buenos Aires, 1997, pp. VI-31.

como la Constitución tiene fuerza normativa el acervo convencional también la tiene, y con esta fuerza ingresa al bloque de constitucionalidad con aplicación directa e inmediata.

El nuevo diseño normativo de las Constituciones, clasificadas en la forma propuesta, me permite concluir que existe una tendencia en América Latina a establecer Sistemas constitucionales abiertos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. “La Constitución es, entre otras cosas, un sistema abierto de reglas y principios que permanece abierto al mundo”¹¹⁴.

IV. LA APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DEL ACERVO CONVENCIONAL

¿Cómo se hace operativa la primacía del acervo convencional? Mediante la activación del control de convencionalidad se hace operativo el acervo convencional resolviendo caso (hechos) a caso (hechos). Es por ello que “el control de convencionalidad se asienta asimismo en el correcto engranaje de las normas nacionales e internacionales”¹¹⁵.

En otras palabras, el contenido material “también reside o se aloja en el acervo convencional”¹¹⁶ por cuanto “la tendencia es considerar dentro del mismo (el bloque) no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana”¹¹⁷, con la proyección de *primacía* del acervo convencional.

Con las cláusulas constitucionales de apertura al DIDH, entre otras, la Constitución de Colombia¹¹⁸, la Constitución de Ecuador¹¹⁹, la Constitución de la

¹¹⁴ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La Constitución Red: Un estudio sobre la supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, Oñati, 2005, p. 61.

¹¹⁵ JIMENA QUESADA, LUIS, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 24.

¹¹⁶ Cfr. REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, GIOVANNA ALEJANDRA, *Derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2016, pp. 135 y 136.

¹¹⁷ FERRER-MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Ob. cit., 2012, p. 142.

¹¹⁸ Constitución de Colombia, artículo 85: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 37 y 40”.

República Dominicana¹²⁰ y la jurisprudencia de la Corte IDH, se “da testimonio de la presencia del proceso de aperturismo”¹²¹.

Las bases convencionales y constitucionales de mi propuesta del concepto de bloque de constitucionalidad me permitirán demostrar (ii) que el contenido *sustancial* de los derechos humanos forma parte del contenido material que consagran los derechos constitucionales fundamentales (i), y que “las disposiciones normativas de la CADH tienen pues efecto directo o aplicación inmediata”¹²², así como también la jurisprudencia interamericana (iii).

Es un asunto de técnica jurídica (la estructura y la formulación normativa como derechos subjetivos) que se relaciona con la eficacia de los tratados internacionales y su aplicabilidad (ejecutabilidad por sí misma) para proteger a la persona humana. “Los derechos convencionales son verdaderos derechos subjetivos de naturaleza convencional”¹²³ y rango fundamental. En similar forma, las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales, por lo general, estructuran su formulación con la técnica de los derechos subjetivos.

Concluyo que la primacía del acervo convencional se subsume en el bloque de constitucionalidad para su aplicación directa e inmediata.

Con estas bases convencionales/constitucionales a continuación presentaré un concepto del bloque de constitucionalidad con tendencia aperturista/monista.

V. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

¿Cuál es el origen y antecedente de la institución?

¹¹⁹ Constitución de Ecuador, artículo 426, inciso 2: “(...) los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”.

¹²⁰ Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 3: “(...) los tratados relativos a derechos humanos (...) son de aplicación directa e inmediata por los tribunales”.

¹²¹ BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “El aperturismo. La técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *RVAP*, N° 03, septiembre-diciembre, 2015, pp. 97- 130.

¹²² GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 50.

¹²³ *Ibidem*, p. 87.

Según la doctrina el origen del bloque de constitucionalidad proviene del derecho constitucional francés y español.

5.1. Origen francés

La cuna de nacimiento del bloque de constitucionalidad es el Consejo Constitucional francés, que el 17 de julio de 1971 profirió una resolución por la cual reconoció “plena fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución de 1958 [con lo cual] confirió jerarquía y valor constitucional a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a todos los derechos sociales reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 1946, y a todos los principios fundamentales que hubieran sido establecidos en las leyes anteriores a la expedición del texto de 1946”¹²⁴.

Obsérvese que, aunque se refiere a derechos, el reenvío no se hizo a los tratados internacionales de derechos humanos. Además, “la categoría «bloque de constitucionalidad» fue acuñada por la doctrina, pues el propio Consejo Constitucional no la menciona en sus decisiones”¹²⁵.

El mecanismo del bloque de constitucionalidad francés una década después fue retomado en España con otro alcance jurídico.

5.2. Antecedente español

El Tribunal Constitucional de España, en Sentencia TC 10/82¹²⁶, definió el bloque como: “un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”. Con posterioridad, el término se emplea para describir el criterio de

¹²⁴ UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en la obra colectiva *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, T. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2002, p. 131. Cfr. CRUZ, LUIS M., “El alcance del consejo constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 8, N° 15, ene-junio, Granada, 2011, pp. 499-502.

¹²⁵ FAVOREU, LOUIS, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, Madrid, 1990, pp. 46 y 47, citado por UPRIMNY, ob. cit., p. 109.

¹²⁶ FAVOREU, LOUIS & RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *El bloque de la constitucionalidad* (simposium franco-español de derecho constitucional), pról. de Javier Pérez Royo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1991, pp. 19-20. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder. “Estudios sobre la Constitución”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 100 y ss.

constitucionalidad para la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹²⁷.

Examinemos dos conceptos de bloque de constitucionalidad según la doctrina. Según Argelia Queralt Jiménez: “(...) ha llegado el momento de reconocer que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH forman parte de una suerte de bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales formado, principalmente, por la Constitución, por la jurisprudencia del TC y por el *acquis conventionnel*”¹²⁸.

Bidart Campos, expresa:

“Por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema de cada Estado, un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto constitucional escrita¹²⁹ [son] normas (internacionales) que se hallan fuera de la Constitución, han recibido de ella su misma jerarquía, de modo de ubicarse a su lado en la mencionada cúspide, como provenientes de una fuente externa, colateral heterónoma, que es el derecho internacional de los derechos humanos”¹³⁰.

“Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera”¹³¹.

Al respecto, ¿qué dice la jurisprudencia constitucional?

5.3. Corte Constitucional de Colombia

Es la jurisprudencia constitucional colombiana la que ha definido y fijado los alcances de un novedoso concepto del bloque de constitucionalidad en la siguiente forma:

“El Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto

¹²⁷ Cfr., RUBIO LLORENTE, “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder*, ob. cit., p. 101.

¹²⁸ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 418

¹²⁹ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. IA, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 295.

¹³⁰ BIDART CAMPOS, *Ibidem*, p. 412.

¹³¹ BIDART CAMPOS, ob. cit., p. 295.

han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a nivel constitucional. (...)”¹³².

Los efectos expansivos de la precitada jurisprudencia colombiana se proyectan a los Tribunales constitucionales de Perú¹³³, Bolivia¹³⁴, Argentina¹³⁵ y México en el que se utiliza la denominación de parámetro de control de regularidad constitucional, y se asigna jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos¹³⁶.

Veamos en el derecho constitucional comparado latinoamericano un ejemplo para tratar de demostrar una tendencia hacia la *primacía* convencional con el bloque de constitucionalidad.

La Constitución de Bolivia en el artículo 410.II¹³⁷ hace alusión expresa al bloque de constitucionalidad, integrado por tratados internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario. Con fundamento en el artículo 256. I¹³⁸ y el artículo 410.II, y en la sentencia de noviembre 20 de 2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia puedo predicar también la primacía del acervo convencional en el derecho constitucional boliviano, con tendencia expansiva en el derecho constitucional comparado latinoamericano.

5.4. Nuestro concepto

Con fundamento en los aportes doctrinales de Queralt Jiménez, Bidart Campos y la jurisprudencia constitucional colombiana, humildemente presento a continuación un concepto de bloque de constitucionalidad, con particular referencia a Colombia, que se halla inmersa en un conflicto armado interno.

¹³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995.

¹³³ Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 0004-1996-I/TC, 03.01, 1977.

¹³⁴ Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 0051/05, agosto 18 de 2005.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Verbitsky Horacio/habeas corpus, 03.05.05, fallos: 328:1146.

¹³⁶ Suprema Corte de Justicia de México, contradicción de tesis 293/11, pp. 31-33, engrose.

¹³⁷ “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El *bloque de constitucionalidad* está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos (...)”.

¹³⁸ “Los tratados de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicarán de manera preferente *sobre ésta*” (cursivas fuera del texto).

El bloque de constitucionalidad es un conjunto compuesto por la CADH y otros instrumentos interamericanos¹³⁹, la jurisprudencia de la Corte IDH (primacía del acervo convencional) y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas y principios aplicables del Derecho Internacional Humanitario (el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra)¹⁴⁰, el Preámbulo del Estatuto de Roma y los crímenes con *status* de *ius cogens* y la jurisprudencia de la CPI¹⁴¹.

Es “la propia Constitución que ha «invitado» a otros instrumentos jurídicos a que ocupen junto con ella el mismo escalón (el primero)”¹⁴² “y comparten con la Constitución su misma supremacía”¹⁴³.

Las doce Constituciones seleccionadas tienen por lo menos una de las tres cláusulas de apertura al DIDH¹⁴⁴, que desde la óptica constituyente de configuración normativa “complementan una abstracta regulación constitucional (...) cumplen por ello la función de servir de parámetro potestativo en procesos de constitucionalidad”¹⁴⁵. En otras palabras, “no es la Constitución el único parámetro valorativo, se recurre, además, a la doctrina [del] bloque de constitucionalidad”¹⁴⁶.

De esta forma se exponen descriptivamente los Sistemas Constitucionales con las tres cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el

¹³⁹ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer.

¹⁴⁰ Se aclara que las normas y principios del DIH solo se aplicarán en el marco de un conflicto armado interno.

¹⁴¹ Concepto de bloque de constitucionalidad aplicable en países que estuvieron o están en conflicto armado interno, como, por ejemplo, El Salvador, Guatemala, Perú y Colombia, respecto de los cuales la Corte IDH ha producido una jurisprudencia *constante*. Concepto que propongo para que en estos países los jueces interpreten y apliquen el acervo convencional interamericano a la luz del DIDH, del DIH y el DPI, poniendo fin a la impunidad de los crímenes internacionales.

¹⁴² MANILI. Ob. cit., p. 261.

¹⁴³ Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 78.

¹⁴⁴ Estos avances constitucionales marcan sin retorno una tendencia *monista* en el constitucionalismo latinoamericano hacia la *primacía* del acervo convencional sobre el ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución de los Estados Parte en la CADH.

¹⁴⁵ REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA, “Bloque constitucional y Unión Europea”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO y BERECIARTU, GURUTZ JAUREGUI (Coords.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 321

¹⁴⁶ ZAPATERO, VIRGILIO; GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL y ARCOS ROMERO. *El derecho como proceso valorativo. Lecciones de teoría del derecho*. Alcalá: Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá, p. 121.

marco del derecho constitucional comparado de América Latina y dos islas del Caribe, demostrando con ello la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el ordenamiento jurídico interno de dichos Estados, incluida la Constitución, primacía que los jueces deben hacer valer para resolver los casos (hechos), garantizando el respeto a la dignidad del ser humano. En el evento de conflictos normativos entre normas del ordenamiento jurídico interno y la CADH, el juez debe aplicar el acervo convencional.

CONCLUSIONES

La CADH contiene un estándar mínimo de garantía de los derechos humanos desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, vinculante para los Estados Parte, que debe incorporarse en los ordenamientos jurídicos internos con el fin de garantizar el respeto a la dignidad del ser humano, y el acceso a la justicia como un derecho universal en sociedades democráticas. Unos estándares convencionales de obligado cumplimiento.

El constitucionalismo influido por las Constituciones de Portugal (1976, art. 16.2) y de España (1978, art.10.2), con cláusulas de apertura al DIH, ha sufrido una transformación constitucional en los últimos treinta y tres años, con la promulgación de las Constituciones de Haití (1987), Brasil (1988), Colombia (1991 reformada en 2012 y 2017), Perú (1993), Guatemala (1993), Argentina (reformada en 1994), Nicaragua (reformada en 1995), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011), entre otras razones, por una tendencia monista hacia la primacía del DIDH al regular las relaciones entre el ordenamiento jurídico interno y la CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia interamericana (acervo convencional). Una transformación que se proyecta con las siguientes modificaciones normativas y jurisprudenciales.

En efecto, el diseño normativo de esas Constituciones incluye, por voluntad del poder constituyente o de reforma en su nueva arquitectura constitucional, las siguientes cláusulas reforzadas: jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos, interpretación constitucional *secundum conventionem, prevalencia*

para resolver los conflictos normativos de inconvencionalidad de normas, jurisprudencia y prácticas internas frente al acervo convencional.

De esta manera, con las referidas Constituciones se ha formado un novedoso y reforzado sistema constitucional receptor del acervo convencional que goza de *primacía* en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte en la CADH.

La anterior configuración constitucional/convencional, con sus efectos de fuerza normativa, irradia dicho ordenamiento jurídico interno considerado en su conjunto. Se modifica así el sistema de fuentes del Derecho interno (constitucional, administrativo, penal, disciplinario, transicional, etc.), respecto de los Estados Parte que han aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte IDH.

La nueva arquitectura constitucional y convencional es activada por un proceso de adecuación entre los ordenamientos jurídicos internos (Constitución, leyes y actos administrativos) con el acervo convencional. Una vez lograda la coherencia normativa (compatibilidad), se fortalece el Estado de derecho bajo el techo de la primacía del acervo convencional para la protección reforzada de los derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos.

El diseño constitucional contribuye a la construcción de un concepto de bloque de constitucionalidad, con la siguiente configuración:

El bloque de constitucionalidad es un conjunto compuesto por la CADH y otros instrumentos interamericanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (primacía del acervo convencional), los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas y principios aplicables del DIH (el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra), el Preámbulo del Estatuto Penal de Roma y los crímenes internacionales de *ius cogens*, y la jurisprudencia aplicable de la Corte Penal Internacional.

El acervo convencional subsumido en el bloque de constitucionalidad tendrá la doble función como:

Parámetro de interpretación constitucional de los derechos fundamentales.

Parámetro de constitucionalidad de las reformas constitucionales, de las leyes, los decretos con fuerza de ley y de los actos administrativos.

Por todo lo anterior se evidencia el tránsito de la supremacía de la Constitución a la primacía de la CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional).

**LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS COERCITIVAS CONTRA LA
REPÚBLICA DE CUBA POR LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS
AMERICANOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA CRISIS DE LOS
MISILES DE 1962 ¹**

***THE APPLICATION OF COERCITIVE MEASURES AGAINST THE REPUBLIC
OF CUBA BY THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. SPECIAL
REFERENCE TO THE MISSILE CRISIS OF 1962***

Yoelsy Pérez Bernal ²

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Las organizaciones regionales pueden adoptar medidas coercitivas en el Derecho Internacional Público. Un ejemplo paradigmático en el que se ha puesto de manifiesto el empleo de dichas medidas es la denominada Crisis de los Misiles del año 1962. Este documento ahonda en el marco jurídico aplicable al presente caso, con especial mención, a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos. Así, el objetivo fundamental del artículo es analizar la aplicación de medidas coercitivas por la aludida organización internacional a la República de Cuba, en la tensión generada entre los Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviética y el país mencionado en el título del artículo.

PALABRAS CLAVE: Medidas coercitivas, Organización de Estados Americanos y Crisis de los Misiles.

¹ Artículo recibido el 28 de abril de 2021 y aprobado el 17 de mayo de 2021.

² Doctorando del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas, de la Escuela Internacional de Doctorado, de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, bajo la coordinación de las doctoras D^ª. Ángeles Cano Linares y D^ª. Pilar Trinidad Núñez, profesoras del Departamento de Derecho Público II y Filología, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ABSTRACT

Regional organizations can adopt coercive measures in Public International Law. A paradigmatic example in which the use of these measures has become evident is the so-called Missile Crisis of 1962. This document delves into the legal framework applicable to this case with special mention of the Charter of the United Nations Organization and the Charter of the Organization of American States. The main objective of the article is to analyze the application of coercive measures by the aforementioned international organization to the Republic of Cuba, with special emphasis on the tension generated between the United States of America, the former Union of Soviet Socialist Republics and the aforementioned country in the title of the article.

KEYWORDS: Enforcement measures, the Organization of American States y Missile Crisis.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. MEDIDAS COERCITIVAS, CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y ORGANISMOS REGIONALES. II. MEDIDAS QUE PUEDE ADOPTAR LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. III. LA CRISIS DE LOS MISILES EN 1962. 3.1 Antecedentes del caso. 3.2 Síntesis sobre la crisis. 3.3 Medidas coercitivas adoptadas por la Organización Estados Americanos: Base Legal. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

El descubrimiento de misiles balísticos soviéticos de medio alcance por aviones espías estadounidense generó una tensión entre los Estados Unidos de América (en adelante, EUA), la Unión de Repúblicas Socialistas Soviética (en lo posterior URSS) y Cuba, en la segunda quincena de octubre de 1962. La controversia tuvo como base las fotografías que realizó un avión espías de dicha potencia de norteamericana, el 14 de octubre de 1962. Mediante las imágenes se detectaron que había misiles R 12 y R14 en la isla caribeña. Este hecho tuvo al mundo al borde de una tercera guerra mundial.

La Organización de Estados Americanos (en lo sucesivo, OEA) con la influencia de EUA impuso sanciones a Cuba. Para el análisis legal de las medidas impuestas a la referida isla deben tenerse en cuenta las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas (en lo posterior, ONU), la Organización de Estados Americanos (en lo ulterior, OEA) y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (en lo posterior, TIAR), denominado Tratado de Río, firmado el 2 de septiembre de 1947, en la mencionada ciudad. Dichos instrumentos jurídicos constituyen el marco jurídico principal para la valoración de las medidas coercitivas impuestas a Cuba por parte del organismo regional.

La finalidad del presente artículo es analizar la aplicación de medidas coercitivas por la OEA a Cuba, en el marco de la tensión generada entre los EUA, la URSS y Cuba, en la segunda quincena de octubre de 1962.

I. MEDIDAS COERCITIVAS, CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y ORGANISMOS REGIONALES

Los organismos regionales pueden adoptar medidas coercitivas. Sin embargo, debe verse su conexión con las disposiciones de la Carta de la ONU. De una lectura de dicho instrumento jurídico, se puede constatar que el vocablo medidas coercitivas en los preceptos 2.5, 2.7, 5, 45, 50 y 53³. El artículo 2.7 remite al Capítulo VII de la Carta, cuando regula: *“Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”*⁴. Estas medidas según el artículo 1.1 de la Carta, constituyen un medio para: *“Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y*

³ Cfr. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de la ONU de 26 de junio de 1945. Tomado de: BOE número 275, de 16 de noviembre de 1990, pp. 33862, 33863, 33865 y 33866.

⁴ *Ibidem*, p. 33862.

eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz... ”⁵.

Así, el artículo 53.1 de dicho instrumento jurídico internacional establece: “*El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad...*”⁶. Del precepto se puede interpretar que una condición previa para la aplicación de medidas coercitivas es la autorización por el CSNU. Según la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo antes dicho significa: “*Dar autoridad*”, “*aprobar*” y “*permitir*”⁷; “*Dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo*”⁸.

De la regulación anterior se deriva una relación recíproca entre organizaciones internacionales (en los sucesivo, OI) y los organismos regionales en cuanto a la adopción de medidas coercitivas. O sea, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante, CSNU) puede valerse de los referidos organismo para aplicar medidas coercitivas. Por otro lado, se avala que los organismos regionales soliciten la autorización de CSNU para la adopción de medidas de dicha índole.

Una vez que el CSNU autoriza la toma de medida en el marco del Capítulo VII de la Carta de la ONU, ellas son de obligatorio cumplimiento para el organismo regional. A tal interpretación ayuda el artículo 48.1 y 2 de la Carta: “*La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad*”⁹; “*Dichas decisiones serán llevadas a cabo por los Miembros de las Naciones Unidas directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte*”¹⁰.

⁵ *Ídem*.

⁶ *Ídem*, p. 33866.

⁷ *Vid.* REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA., *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, segunda edición, Barcelona, España, 1994, p. 62.

⁸ *Vid.* REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA., *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, versión electrónica. Tomado de: <http://dle.rae.es/autorizar?m=form> [29 de marzo de 2021].

⁹ *Cfr.* Estatuto de la Corte Internacional de Justicia..., *op. cit.*, p. 33866.

¹⁰ *Ibidem*, p. 33866.

Resulta trascendental esclarecer el sentido del vocablo medidas coercitivas. Es importante su aclaración para delimitar los casos en que las organizaciones de carácter regional pueden actuar, con la anuencia del CSNU. La Carta de la ONU no las define.

Para las clarificaciones al respecto se ponen de manifiesto dos términos: aplicación y adopción. La interpretación para tal finalidad posibilita entender que se requiere solamente la autorización del Consejo para la aplicación de las medidas coercitivas. Sin embargo, ello no es procedente para el tema de la adopción. En este último sentido, el organismo regional tiene libertad para actuar, pero bajo la dependencia y con la autorización del Consejo. Otro de los presupuestos es que la referida autorización deberá solicitarse previamente a la aplicación de la medida coercitiva. Su solicitud a posterior se configura como un caso de aprobación.

La delimitación de las medidas coercitivas conlleva plantear, si su extensión abarca aquellas que implican recurrir a medidas de tipos económicas, diplomáticas y políticas, con base en el artículo 41 de la Carta¹¹. También si ellas se extienden al uso de la fuerza armada, sobre la base del precepto 42 de la aludida Carta¹². El debate a establecer es si las medidas coercitivas comprenden las que implican el uso de fuerza o no.

Los trabajos preparatorios de Dumbarton Oaks constituyen un material de obligatoria revisión, con la finalidad de encontrar pautas hermenéuticas sobre los anteriores artículos. Un estudio de dichos trabajos refleja la poca voluntad de despejar las dudas al respecto. Por ejemplo, no se definió la naturaleza de las sanciones militares. Para esos entonces no se tenía claro el órgano que autorizaría el empleo de la fuerza armada. Según los redactores de la Carta, cabe interpretar las medidas coercitivas de forma extensiva. Se incluyen en su espectro las que apelan al uso de las fuerzas y las que no.

¹¹ La Carta de la ONU en el artículo 41 regula: “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”. *Ibidem*, p. 33865.

¹² La Carta de la ONU en el precepto 42 estipula: “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”. *Ibidem*.

El tema de las medidas coercitivas es controvertido en la doctrina internacionalista. Según KELSEN, RAFAEL y CARDONA¹³, las medidas coercitivas se extienden a las reguladas en los artículos 41 y 42 de la Carta. En último autor mencionado sigue las ideas de GOODRICH, HAMBRO y SIMONS respecto a la extensión de las medidas coercitivas¹⁴. Autores como JIMÉNEZ y VILLANI defienden que los organismos regionales pueden recurrir al uso de la fuerza con la autorización del CSNU¹⁵. Para REMIRO, las organizaciones internacionales pueden configurar operaciones de mantenimiento para la paz, teniendo en cuenta los siguientes presupuestos: el “*consentimiento de las autoridades locales, función pacificadora y marginación en la ejecución de los estados con intereses en la zona*”¹⁶.

La práctica internacional poco favorece a despejar las dudas del alcance del término medidas coercitivas. De esa forma, deben tenerse en cuenta las resoluciones del CSNU en relación con el continente americano, en aras de buscar la conexión de dichas los instrumentos jurídicos que emanan del aludido órgano y su conexión con las medidas coercitivas que adoptan los organismos regionales. Para esos entonces, el ejemplo clásico de aplicación de medidas coercitivas fue la República Dominicana.

En la VI Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas de San José de Costa Rica en 1960¹⁷. En la reunión se debatió las medidas que se tomarían contra Dominicana, tras vincularse a Rafael Leónidas Trujillo, presidente de dicha nación caribeña, con el asesinato de Rómulo Betancourt, presidente de Venezuela.

¹³ Vid. KELSEN, H., *The Law of The United Nations. A Critical Analysis of Fundamental Problems*, London Institute of World Affairs, Ed: Frederick A Praeger, New York, Estados Unidos de América, pp . 786 – 787 y RAFAEL DEPECH, M. E., *Carta de las Naciones Unidas anotada*, Ed: Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 82.

¹⁴ GOODRICH, HAMBRO Y SIMONS refiriéndose al alcance de las medidas coercitivas estipuladas en la Carta de la ONU dicen: “*was intended to mean any and all measures the Security Council was authorized to take under Articles 41 and 42*” (tenía la intención de significar todas y cada una de las medidas que el Consejo de Seguridad estaba autorizado a tomar en virtud de los artículos 41 y 42). *Ibidem*.

¹⁵ Vid. FEO VALERO, J., “La participación de los organismos regionales en la Resolución del conflicto en Haití”, en Haití: *Un Difícil Equilibrio entre el Derecho Internacional, los Derechos Humanos y el Desarrollo*, tesis doctoral Universidad de Valencia, Valencia, España, 2015, pp .121 y ss; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., *Derecho constitucional de las Naciones Unidas. Comentario teórico - práctico de la Carta*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, España, 1958; VILLANI, U., “The Security Council’s Authorization on Enforcement Action by Regional Organizations”, *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, volumen 6, 2002, p. 539.

¹⁶ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 211.

¹⁷ Cfr. OEA, Documentos oficiales., *Acta de la VI Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, de 16 al 21 de agosto de 1960.

El Secretario General de la OEA remite informe al CSNU, mediante el cual se envía el Acta Final de la VI Reunión antes dicha. En el referido documento se reflejaron las medidas adoptadas contra Dominicana, siendo ellas la ruptura de las relaciones diplomáticas y la interrupción parcial de las relaciones económicas, empezando por la detención del comercio de armas y de implementos de guerra¹⁸. El amparo legal de las medidas fue el artículo 6 y 8 del TIAR¹⁹.

Bastó la mera información al CSNU²⁰ al amparo del artículo 54 de la ONU de las medidas tomadas por la OEA: “*Se deberá mantener en todo tiempo al Consejo de Seguridad plenamente informado de las actividades emprendidas o proyectadas de conformidad con acuerdos regionales o por organismos regionales con el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales*”²¹. El CSNU toma nota de las medidas acordadas para tales efectos²².

De esa forma, parecía entenderse que dichas medidas tenían validez y cerrase el debate sobre dichas medidas. Sin embargo, el representante soviético en el CSNU instó de este órgano la aprobación de medidas. La solicitud del representante soviético tuvo lugar el 5 de septiembre de 1960²³. La petición de la URSS se basó en la aprobación de las medidas coercitivas con base en el artículo 53 de la Carta de la ONU. O sea, que la validez de ellas requiere de la autorización del CSNU.

¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹⁹ El artículo 6 del TIAR dispone: “*Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado Americano fueren afectadas por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extra continental o intracontinental, o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, el Órgano de Consulta se reunirá inmediatamente, a fin de acordar las medidas que en caso de agresión se deben tomar en ayuda del agredido o en todo caso las que convenga tomar para la defensa común y para el mantenimiento de la paz y la seguridad del Continente.*”. Dicho Tratado en su precepto 8 regula: “*Para los efectos de este Tratado, las medidas que el Órgano de Consulta acuerde comprenderán una o más de las siguientes: el retiro de los jefes de misión; la ruptura de las relaciones diplomáticas; la ruptura de las relaciones consulares; la interrupción parcial o total de las relaciones económicas, o de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, telefónicas, radiotelefónicas o radiotelegráficas, y el empleo de la fuerza armada*”. *Vid.* El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, suscrito en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, Río de Janeiro, Brasil, del 14 de agosto al 2 de septiembre de 1947.

²⁰ *Vid.* CSNU., *Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad, 1960 – 1961*, (S/INF/15/Rev.1) y CSNU., Documentos oficiales., *Resolución sobre cuestión relativa a la República Dominicana*, de 9 de septiembre de 1960, (S/RES/156 (1960)).

²¹ *Cfr.* Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de la ONU..., *op. cit.*, p. 33866.

²² *Vid.* CSNU, Documentos oficiales., *Resolución sobre cuestión...*, *op. cit.*

²³ *Vid.* ONU., *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas, Suplemento número 3*, volumen II, Nueva York, EUA, 1959 - 1966, pp. 301 y ss y CSNU., *Carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Primer Viceministro de Relaciones Exteriores de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, de 5 de septiembre de 1960, (S/PV. 893); (S/PV. 894) y (S/PV. 895).

El Consejo incluyó en su orden del día la solicitud de la antigua URSS en el período de sesiones es el 893^a, celebrado el 8 de septiembre de 1960. En esta ocasión el diplomático de la URSS presentó una resolución para afirmar que las medidas de rupturas de las relaciones diplomáticas y la interrupción parcial de las relaciones económicas, se amparan en los artículos 39 y 41 de la Carta de la ONU, pero constituyen medidas coercitivas del artículo 53 de dicha Carta²⁴. Además, toda medida coercitiva adoptada por un organismo regional sin autorización entra en disconformidad con el espíritu de la Carta. La resolución antes dicha no fue sometida a votación.

En contraposición, se manifestaron países como Argentina, Ecuador y EUA defendían la opción de tomar notas de las medidas adoptadas en el seno de la OEA contra Dominicana. Sus representantes presentaron un proyecto de resolución conjuntamente contrario a la opinión soviética²⁵. Dichos países entendían que las decisiones adoptadas por la OEA se trasmitían a los efectos de información al CSNU sobre la base del ya citado artículo 54 de la Carta de la ONU. Y que las medidas adoptadas contra Dominicana son pacíficas y no recurren al uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Igualmente, que la OEA ha cumplido con la obligación internacional de informar al CSNU. El resultado de la resolución sometida a votación contó con el voto favorable de Argentina, Ceilán, la China, Ecuador, EUA, la Francia, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Túnez; ningún voto en contra y las abstenciones de Polonia y la URSS.

Las posturas encontradas no vienen aclarar la polémica suscitada. O sea, dejaron pendiente de resolver si eran medidas coercitivas la ruptura de relaciones diplomáticas o la suspensión parcial de las relaciones económicas acordadas por la OEA en detrimento de un Estado miembro. Es válido desatacar que fue la primera vez que se debatía sobre la cuestión en el CSNU²⁶. Por ello, una vez analizados las normas jurídicas a las cuales recurren los organismos internacionales para imponer medidas coercitivas a su membresía, es pertinente abordar su estudio en el contexto americano, con especial énfasis en la OEA.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ídem.*

²⁶ En el Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas se dice: “Al explicar el proyecto de resolución presentado conjuntamente por tres Potencias, el representante de la Argentina hizo observar que era la primera vez que se planteaba en el Consejo la cuestión de la interpretación del Artículo 53 de la Carta en relación con medidas adoptadas por un organismo regional”... Vid. ONU., *Repertorio de la práctica...*, op. cit, p. 300.

II. MEDIDAS QUE PUEDE ADOPTADAR LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

Un grupo de preceptos amparan la adopción de medidas por la OEA. De ahí que resulte útil revisar los artículos de su Carta que informan la materia. El primer acercamiento para tales efectos lo constituyen las estipulaciones del sistema de seguridad colectiva.

La Carta de la OEA regula el sistema de seguridad colectiva en el Capítulo VI. Las normas jurídicas que componen dicha parte están agrupadas en dos artículos. El primero, es el precepto 28, que estipula: *“Toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos”*²⁷. De artículo se colige que el mecanismo de defensa se activa contra hechos que vulneren la integridad territorial, la soberanía o la independencia política de las naciones americanas.

Relacionados con el anterior precepto el artículo 29 preceptúa: *“Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano fueren afectadas por un ataque armado o por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extracontinental o por un conflicto entre dos o más Estados americanos o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, los Estados americanos en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva, aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia”*²⁸. Se reconoce de esta forma que la inviolabilidad o la afectación territorial puede basarse en fracturas a los principios de soberanía e independencia política, tras la existencia de un ataque armado o agresión que no sea ataque armado, un conflicto extracontinental, un conflicto entre dos o más Estados americanos u otros hechos o situaciones que pongan en peligro la paz continental americana. El precepto pone de plena vigencia la institución de legítima defensa colectiva y hace una remisión a los

²⁷Vid. Carta de la Organización de Estados Americanos, firmada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

²⁸ *Ibidem*.

tratados especiales, para que se pueda constatar el desarrollo de las medidas que puede adoptar la OEA.

El artículo 61 de la Carta de la OEA adquiere importancia para el análisis de las medidas. Este prevé: “*La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores deberá celebrarse con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos, y para servir de Órgano de Consulta*”²⁹. La anterior disposición debe relacionarse con el artículo 65: “*En caso de ataque armado al territorio de un Estado americano o dentro de la región de seguridad que delimita el tratado vigente, el Presidente del Consejo Permanente reunirá al Consejo sin demora para determinar la convocatoria de la Reunión de Consulta, sin perjuicio de lo dispuesto en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca por lo que atañe a los Estados Partes en dicho instrumento*”³⁰. La remisión expresa al TIAR conlleva verificar los aspectos regulatorios trascendentales importantes del tratado que cobran relevancia para el análisis de las medidas que la OEA puede adoptar.

Como norma especial en la materia figura el TIAR³¹. Los referidos artículos 28 y 29 de la Carta, estipulan las situaciones hipotéticas para que el Consejo Permanente de la OEA pueda reaccionar. Los artículos 3.2 y 9 aluden al término medidas a tomar en dichas situaciones. Según el precepto 3.2 del TIAR: “*A solicitud del Estado o Estados directamente atacados, y hasta la decisión del Órgano de Consulta del Sistema Interamericano, cada una de las Partes Contratantes podrá determinar las medidas inmediatas que adopte individualmente, en cumplimiento de la obligación de que trata el párrafo precedente y de acuerdo con el principio de solidaridad continental. El*

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ Según el artículo 66 de la Carta de la OEA: “*Se establece un Comité Consultivo de Defensa para asesorar al Órgano de Consulta en los problemas de colaboración militar que puedan suscitarse con motivo de la aplicación de los tratados especiales existentes en materia de seguridad colectiva*”. O sea, que los problemas que puedan surgir de la interpretación del TIAR como instrumento jurídico internacional de carácter especial se resolverán por el Comité Consultivo de Defensa, en los casos de colaboración militar. Además, según el artículo 83 de dicha Carta: “*El Consejo Permanente actuará provisionalmente como Órgano de Consulta de conformidad con lo establecido en el tratado especial sobre la materia*”. También corrobora la connotación de que el Comité Consultivo de Defensa es un órgano de consulta el artículo 11 del TIAR: “*Las consultas a que se refiere el presente Tratado se realizarán por medio de la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas que lo hayan ratificado, o en la forma o por el órgano que en el futuro se acordare*”. Vid. Carta de la Organización de Estados Americanos..., *op. cit.* y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca..., *op. cit.*

Órgano de Consulta se reunirá sin demora con el fin de examinar esas medidas y acordar las de carácter colectivo que convenga adoptar”³².

Con base en el apartado 4 del artículo 3 del Tratado: *“Podrán aplicarse las medidas de legítima defensa de que trata este artículo en tanto el Consejo de Seguridad no haya tomado las medidas para mantener la paz y la seguridad internacionales”³³.* Del tenor de los artículos citados se pueden adoptar medidas individuales y teniendo presente el principio de solidaridad por un Estado o Estados. Por otro lado, se examinarán la adopción de las anteriores medidas por el órgano de consulta y se acordarán las pertinentes de orden colectivo. Se puede recurrir a medidas de legítima defensa hasta tanto el Consejo de Seguridad de la ONU no adopte medidas que coadyuven a la mantener la paz y la seguridad internacionales.

El vocablo de agresión según el artículo 9 del aludido tratado implica: *“Además de otros actos que en reunión de consulta puedan caracterizarse como agresión, serán considerados como tales: a) El ataque armado, no provocado, por un Estado, contra el territorio, la población o las fuerzas terrestres, navales o aéreas de otro Estado; b) La invasión, por la fuerza armada de un estado, del territorio de un Estado Americano, mediante le traspaso de las fronteras demarcadas de conformidad con un tratado, sentencia judicial, o laudo arbitral, o, a falta de fronteras así demarcadas, la invasión que afecte una región que esté bajo la jurisdicción efectiva de otro Estado”³⁴.*

El artículo 6 del Tratado rige para los actos que afectan la inviolabilidad o la integridad o la soberanía de cualquier Estado americano, tratándose de una agresión de carácter no armada. Este ámbito se extiende hasta un conflicto extracontinental o intercontinental, hechos o situaciones, por las que pueda peligrar la paz americana. El precepto estipula: *“Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado Americano fueren afectadas por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extracontinental o intracontinental, o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, el Órgano de Consulta se reunirá inmediatamente, a fin de acordar las medidas que en caso de agresión se deben tomar en ayuda del agredido o en todo caso*

³² Vid. el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca..., *op. cit.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ídem.*

las que convengan tomar para la defensa común y para el mantenimiento de la paz y la seguridad del Continente”³⁵.

En un conflicto entre dos o más Estados americanos se actuará conforme al artículo 7 del TIAR: *“En caso de conflicto entre dos o más Estados Americanos, sin perjuicio del derecho de legítima defensa, de conformidad con el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, las Altas Partes Contratantes reunidas en consulta instarán a los Estados contendientes a suspender sus hostilidades y a restablecer las cosas al statu quo ante bellum y tomarán. Además, todas las medidas necesarias para restablecer o mantener la paz y la seguridad interamericanas, y para la solución del conflicto por medios pacíficos. El rechazo de la acción pacificadora será considerado para la determinación del agresor y la aplicación inmediata de las medidas que se acuerden en la reunión de consulta”³⁶.*

En resumen, la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de los Estados de la OEA pueden verse afectada por: un ataque armado o agresión que no sea ataque armado, de acuerdo a los preceptos 3 y 9 del TIAR; un conflicto entre dos o más Estados americanos, cuya norma aplicable es el artículo 7 de dicho tratado y cualquier hecho o situación que pueda desestabilice o haga peligrar la paz en el continente americano, según el artículo 6 del referido cuerpo legal. El ya mencionado artículo 8 del TIAR reconoce las medidas que la OEA puede acordar mediante su órgano de consulta³⁷. Por ello, el encaje de los análisis referentes a la Crisis de los Misiles en 1962 debe hacerse partiendo de la fundamentación jurídica que se ha planteado con anterioridad.

III. LA CRISIS DE LOS MISILES EN 1962

Otro de los casos que coadyuva a la interpretación de las medidas coercitivas tomadas por la OEA y su conexión con el CSNU es denominada Crisis de los Misiles de 1962. Para una mejor comprensión de las reacciones de la OEA y el papel activo de los

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Vid.* Cita al pie 19.

EUA, en su papel de líder de las medidas contra Cuba, resulta de utilidad esbozar los antecedentes que permiten una mejor comprensión del caso objeto de análisis.

3.1 Antecedentes del caso

Para entender la crisis desatada entre EUA y Cuba, deben tenerse presente las diferencias que desde el punto de vista histórico han mantenido ambos países. La isla caribeña fue colonia de España hasta 1898, cuando se independizó del Reino de España y pasó a ser neocolonia de EUA. Los vínculos entre EUA y la pequeña isla continuaron hasta el derrocamiento del régimen estadounidense imperante en Cuba.

Los EUA constituían una nación influyente en el área latinoamericana para la época, ejerciendo un control hegemónico. Cuba se desataba de las garras del país norteamericano desde el 1 de enero de 1959. La nueva revolución no se limitaría a derrocar al régimen imperante en la isla o instaurar la democracia representativa, sino que comenzaría a tomar medidas de carácter socialista que perjudicaban los intereses de las grandes fortunas estadounidenses instauradas en Cuba. Las autoridades cubanas se centraron en un profundo proceso de transformaciones económicas, sociales y políticas.

Los antecedentes del caso se pueden resumir de la siguiente forma:

- Se impidió el control de las plantaciones por compañías estadounidenses y se nacionalizaron las referidas compañías mediante la Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, que afectó a la industria azucarera. Una proporción importante del sector era de propiedad estadounidense³⁸.
- Cuba se planteó otro modelo económico alternativo a la economía de mercado y del modelo liberal, transitando hacia el socialismo. Un Estado que desafiara la influencia estadounidense en el continente americano tenía que estar preparado para la difícil convivencia en el terreno de las relaciones internacionales.
- La revolución triunfante se hace eco del ideario marxista – leninista. Además, se alinea al bloque socialista soviético.

³⁸ Algunos de los rasgos que caracterizó la estructura agraria cubana fueron la aparición de diferentes latifundios que se crearon sobre ruinas, arrancado de propiedades a familias campesinas, concentrándose la propiedad. Vid. ARIAS GUEVARA, M. A., “Cuba: reforma y transformación agraria. La crisis de los noventa y el proceso de desestatalización de la agricultura”, *Revista IDEAS*, volumen 3, número 1, enero/junio, 2009, pp. 9 y ss.

- El imaginario marxista transmitió idea de liberación desde el punto de vista económico, social y político en los años 60, diferente al modelo capitalista. La Casa Blanca se resiste de perder su hegemonía y el control sobre la economía cubana y el continente americano.
- El gobierno estadounidense entró en una confrontación frontal contra el proyecto revolucionario cubano liberador. Sus ideas se encaminaron a fomentar un cambio o derrocamiento del régimen en la isla. Del mismo modo, impulsó el aislamiento económico, político y diplomático de Cuba.
- La Administración de David Dwight Eisenhower se impuso un bloqueo comercial a Cuba y el congelamiento de la cuota azucarera.
- Se fomentó la propaganda contrarrevolucionaria contra Cuba, se contactó con grupúsculos armados con la finalidad de derrocar al gobierno constituido.
- También se efectúan sabotajes a instalaciones económicas y civiles, se infiltran espías, ataques y violaciones del espacio aéreo y naval cubano mediante el vuelo de aviones y barcos de guerra, se intenta a asesinar a líderes, entre ellos, Fidel.
- La puesta en marcha de un plan para invadir con militares a Cuba.
- Bajo el mandato de la administración de John Fitzgerald Kennedy se ordenó invadir a Cuba en abril de 1961³⁹. La respuesta militar cubana logró derrocar a las fuerzas invasoras en menos de 72 horas.
- Fracasada la anterior invasión los EUA prepararon la Operación Mangosta en octubre de 1961. El jefe de la operación Edward Geary Landsdale

³⁹ La invasión de playa Girón, también denominada invasión de bahía de Cochinos o batalla de Girón se desarrolló entre el 15 y 19 de octubre de 1961. Consistió en una operación de carácter militar compuesta por militares exiliados y latinoamericanos residentes apoyados por la Administración de John Fitzgerald Kennedy. El objetivo de la batalla era instaurar un gobierno provisional que sustituyera al de Fidel Castro Ruz. Una vez creado el nuevo gobierno intentaría legitimarlo buscando el apoyo y reconcomiendo de la OEA y la comunidad internacional. Vid. CASTRO RUZ, F y FERNÁNDEZ, J. R., *Playa Girón/ Bahía de Cochinos: Primera derrota militar de Washington en América*, Ed: Pathfinder Press, New York, EUA, 2001; RODRÍGUEZ, J. C., *Girón la batalla inevitable. La más colosal operación de la CIA contra Fidel Castro*, Ed: Capitán San Luis, La Habana, Cuba, 2005; LINARES MARTÍNEZ, A., “Lo que revelan los archivos desclasificados sobre la crisis de los misiles en Cuba y la definición de la Guerra Fría”, *Revista de Procesos Históricos*, número 16, julio – diciembre, 2009; ST ‘CLAIR, A y TINOCO, M., “La invasión a bahía de Cochinos, Cuba, desde la mirada de la población de Biliwi, Puerto Cabezas, Nicaragua”, *Revista Ciencia e Interculturalidad*, volumen 7, número 2, julio – diciembre, 2010 y PAMIES PALAZUELO, J. C., “La crisis de los misiles en Cuba a través de la óptica soviética: una doble aproximación desde la historia y la teoría de las Relaciones Internacionales”, *Revista Historias de las Relaciones Internacionales*, enero, 2014.

pretendía que se produjeran revueltas y el derrocamiento del gobierno instaurados en Cuba. Puede concebirse la operación como un plan secreto de penetración militar directa con el empleo del ejército estadounidense. El plan fue detectado por los servicios de inteligencia soviéticos, por lo que se notificó a Cuba.

- Las complicadas relaciones con el país norteamericano propiciaron que Fidel Castro Ruz hiciera un viraje para alinearse con la antigua URSS.

- La coyuntura de las relaciones fragmentadas entre EUA y Cuba fue aprovechada por el dirigente de la URSS Nikita Serguéyevich Jrushchov. Él propuso a Fidel Castro Ruz la instalación del misil balístico de alcance medio R -12 en la Habana. La respuesta del líder cubano consistió en que se llegara a un acuerdo militar entre ambos países. En el instrumento jurídico se establecería una cláusula consistente en que una invasión directa a Cuba constituiría un ataque directo a la URSS. Jrushchov rechaza la oferta del político cubano y persiste en la idea inicial de la instalación de los misiles. Fidel acepta y propone que el traslado e instalación de los misiles se realice públicamente, recibiendo la negativa de los soviéticos a hacerlo hasta que no estuviesen operativos.

- La instalación de los misiles en Cuba por la URSS igualaría la respuesta a los misiles Júpiter que instalara los EUA en la República Federal Alemana y Turquía, este último teniendo fronteras con la nación soviética.

- Los servicios de inteligencia estadounidense detectaron las bases cubanas para la instalación de los misiles y la presencia en ellas de misiles R12 y R14, con violaciones del espacio aéreo cubano por aviones U2, desatando los pretextos para la crisis. El traslado de dicho misiles a Cuba se denominó Operación Anádir⁴⁰.

- La anterior operación se complementó con la denominada Kama. Por medio de esta se cuatro submarinos soviéticos se trasladarían a Cuba con torpedos nucleares, con la finalidad de instalar una base naval. Los buques estadounidenses detectaron la operación e hicieron que fracasara.

⁴⁰ La Operación Anádir fue una operación secreta para trasladar y desplegar a territorio cubano misiles balísticos de alcance medio, aviones casa, bombarderos, una división de infantería mecanizada a Cuba. Igualmente, perseguía establecer una fuerza para la prevención y defensa de una invasión a dicho país por las fuerzas de los EUA. Esta se desarrolló entre el 17 de junio y el 22 de octubre de 1962. *Vid. SILVA ARDANUY, F. M., "Gasto militar y políticas de excepción en la República de Cuba (1952-1965)", Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe, número 22, enero - abril, 2014.*

- En la Reunión de Punta del Este, Uruguay, se expulsó a Cuba de la OEA y se rompe relaciones económicas con ella. La reunión se desarrolló en enero de 1962⁴¹. Este sería era preámbulo para la posterior confrontación entre EUA y Cuba, o sea, la Crisis de los Misiles.

3.2 Síntesis sobre la crisis

La crisis comprende desde el descubrimiento por aviones U2 de tropas soviéticas, la construcción de rampas y misiles balísticos de alcance medio R12 y R14 en territorio cubano el 15 de octubre de 1962 hasta el desmantelamiento de ellos y su traslado nuevamente a la URSS el 28 de octubre de 1962. Este hecho provocó una preocupación en el gobierno de EUA por la cercanía de los misiles, pues ante un posible ataque del país del norte a países aliados de la URSS, los misiles soviéticos podían responder de forma rápida y obstaculizar anular la respuesta estadounidense.

Una de las medidas que tomó el John Fitzgerald Kennedy, presidente de los EUA, fue la cuarentena defensiva, el 22 de octubre de 1962. Se trató de un bloqueo a Cuba apelando al despliegue de unidades navales y aviones de combate en el Mar Caribe, el 23 de octubre de 1962. Las pretensiones de la gran potencia el norte era imponer un bloqueo aéreo –naval.

Tras una irrupción en el espacio aéreo cubano de un avión estadounidense este es derribado por las fuerzas de Cuba y la URSS⁴². El mandatario ruso Nikita Jrushchov envió una misiva a Kennedy el 26 de octubre de 1962⁴³, mostrando su desacuerdo con la cuarentena. Jrushchov la calificó como un acto de agresión y dejó claro que los buques soviéticos no iban a cambiar su rumbo de dirigirse a Cuba. Sin embargo, luego dio la orden de que los barcos disminuyeran su velocidad, con la finalidad de evitar una confrontación mundial y de apelar a las negociaciones entre potencias. Fidel Castro escribe una carta a Jrushchov el aludido día 26, comunicando

⁴¹ Se expulsa a Cuba de la OEA por acercarse al eje chino – soviético, por su identificación con el comunismo e instaurar u régimen económico, político y social con dicha ideología. *Vid.* OEA, Documentos oficiales., *Acta Final de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, Punta del Este, Uruguay, del 22 al 31 de enero de 1962.

⁴² *Vid.* LINARES MARTÍNEZ, A., “Lo que revelan...”, *op. cit.*, p.98.

⁴³ *Cfr.* LINARES MARTÍNEZ, A., “Lo que revelan...”, *op. cit.*, pp. 95 y ss; Carta de Krushchev a Kennedy, de 26 de octubre de 1962. Tomado de: <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/cuba1962-1.htm> [5 de marzo de 2021] y Carta de Kennedy a Krushchev, de 28 de octubre de 1962. Tomado de: <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/cuba1962-2.htm> [5 de marzo de 2021].

que el caso de que Cuba fuera agredida por los EUA lanzara un golpe nuclear contra dicha potencia, sin importar que desapareciera la isla⁴⁴.

El líder ruso planteó al estadounidense del desmantelamiento de las bases soviéticas en territorio cubano, con la condición de que los EUA se comprometieran a no penetrar en suelo cubano. Así comienzan las conversaciones entre los EUA y la URSS, para abandonar la crisis y se acude al denominado teléfono rojo⁴⁵, entre el 14 y el 28 de octubre de 1962.

Ello posibilitó evitar un conflicto directo entre ambas potencias, pues el mundo estuvo al borde de una guerra nuclear. La Casa Blanca y Moscú quedaban igualadas para no dar una mala imagen en su dominio hegemónico. Las presiones sobre Cuba continuaron por medio de la instrumentalización de la OEA, al considerar a la pequeña isla caribeña como un foco de inestabilidad en la región.

3.3 Las medidas coercitivas adoptadas por la Organización Estados Americanos: Base Legal.

a. El Consejo Permanente y las cartas del Secretario de la OEA

La instalación de misiles balísticos en territorio cubano tuvo repuesta por la OEA. Se adoptó en el seno de la organización americana el texto de una resolución en contra de Cuba. El Secretario General de la OEA informó al CSNU las medidas que aprobó el Consejo Permanente de la OEA, mediante carta de 23 de octubre de 1962. Las contenidas en dicha resolución fueron: *“1) instaba a que se desmantelaran inmediatamente y se retiraran de Cuba de todos los proyectiles y cualesquiera otras armas con capacidad ofensiva; 2) recomendaba a los Estados Miembros de la OEA, de conformidad con los artículos 6 y 8 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, que adoptaran todas las medidas individuales y colectivas, incluso el empleo de la fuerza armada, que consideren necesarias para asegurar que el Gobierno*

⁴⁴ Cartas entre Fidel y Jruschov, *Diario Granma*, número 304, de 3 de noviembre de 2012.

⁴⁵ El teléfono rojo fue una línea telefónica secreta y directa que se abrió entre la Casa Blanca y el Kremlin para abordar las diferencias surgidas en el seno de la crisis de los misiles y poder concretar acuerdos diplomáticos de forma expedita y oculta. BARBÉ, E. “La crisis de los misiles de Cuba veinte años después”, *Revista Afers Internacionals*, 1982, pp. 12 y ss.

de Cuba no pueda continuar recibiendo de las Potencias chino-soviéticas, pertrechos y suministros militares que amenazaran la paz y la seguridad del Continente, y para impedir que los proyectiles en Cuba con capacidad ofensiva se conviertan en cualquier momento en una amenaza activa contra la paz y la seguridad del Continente; 3. expresaba la esperanza de que el Consejo de Seguridad, de acuerdo con el proyecto de resolución presentado por los Estados Unidos, enviara a Cuba observadores de las Naciones Unidas a la brevedad posible y 4) instaba a los Estados Miembros de la OEA a que mantuvieran debidamente informado a al Órgano de Consulta sobre las medidas que adoptaran de acuerdo con el párrafo 2 de la resolución”⁴⁶.

La propia Secretaría General de la OEA remitió carta nuevamente al Secretario General Interino, el 29 de octubre de 1962⁴⁷. Esta comunicó las notas de países como Argentina, Colombia, Costa Rica, EUA, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá y Dominicana, comprometiéndose a acatar y cumplir el párrafo 2 de resolución que abre este apartado. La nota de EUA insiste en la prohibición de armas a Cuba mientras que la de otros países integrantes de la OEA se brindaron para una cooperación naval, área y portuaria, importantes para la aplicación de las medidas colectivas estipuladas en el TIAR⁴⁸.

Dos epístolas enviadas por el Secretario de la OEA al CSNU fueron de 3 y 8 de noviembre de 1962⁴⁹. La primera tomó nota de la ayuda militar o de otra calase brindada por los Estados miembros y recomendó formar parte de la acción colectiva y coordinada de la organización regional. La segunda reflejó los informes de Argentina, el Salvador y Venezuela sobre ayuda militar y de otras clases para afrontar la cuarentena contra Cuba. Las cartas se aprovecharon para comunicar un informe de la suspensión de la llamada cuarentena entre el 30 de octubre y 1 de noviembre de 1962 y la suspensión de los vuelos de observación y vigilancia sobre Cuba por parte de los EUA; y una nota conjunta realizadas por los Estados de EUA, Argentina y Dominicana, mediante la cual se constituía una fuerza unida entre estos tres países, estando los dos últimos bajo el mandato del primero.

⁴⁶Vid. CSNU, Documentos oficiales., *Informe del Consejo de Seguridad*, decimoctavo período de sesiones, Nueva York, EUA, de 16 de julio de 1962 a 15 de julio de 1963, (A/5502), p. 6.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ídem*.

⁴⁹ *Ídem*.

Finalmente, por carta del Secretario de la OEA de 13 de diciembre 1962⁵⁰, se notificó al CSNU la finalización de la cuarentena contra Cuba. La epístola hacía alusión a la proclamación del presidente de los EUA de 21 de noviembre de 1962 de dar por terminada la referida operación.

b. La cuestión en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

En el marco de las cuestiones examinadas por el CSNU, con el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales se introdujo el tema de la Crisis de los Misiles en el seno del órgano, por los representantes de los EUA, Cuba y la URSS⁵¹. Los EUA entendían que la URSS constituía una amenaza para la paz mundial y la seguridad internacionales al instalar las bases de proyectiles nucleares en Cuba y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, habían convocado una reunión en del órgano de consulta de la OEA e invocaron los artículo 6 y 8 del TIAR.

En contraposición, la opinión del representante cubano sobre la actuación de EUA fue concebida como un acto de declaración de guerra unilateral, al margen de los cauces del CSNU, creando un peligro inminente de guerra. Los fundamentos para sustentar sus posicionamientos fueron los artículos 1.1, 2.4, 34, 35.1, 39 de la Carta de la ONU. A la posición cubana se unió la soviética de remitir el asunto a examen en el CSNU por vulneración de la Carta de la ONU y por amenaza a la paz de los EUA.

La cuestión se debatió en la 1022ª sesión del CSNU de 23 de octubre de 1962⁵². El diplomático cubano dejaba claro la manipulación de la OEA por parte de los EUA para llevar un acto agresión contra Cuba y aplicar medidas de índole colectivas, atribuyéndose la potencia del norte funciones del Consejo, que es quien debe aplicar las medidas coercitivas. El diplomático de Ghana en la 1024 sesión de 24 de octubre de 1962, discrepó del planteamiento realizado por el gobierno de los EUA, que veía las

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ Los representantes de los EUA, Cuba y la URSS presentaron denuncias antes el CSNU. *Vid.* Carta dirigida al Presidente del CSNU por el Representante Permanente de los EUA, de 22 de octubre de 1962, (S/5181 y S/5182); Carta dirigida al Presidente del CSNU por el Representante Permanente de Cuba, de 22 de octubre de 1962 (S/5183) y Carta dirigida al Presidente del CSNU por el Representante Permanente de la URSS, de 23 de octubre de 1962 (S/5186).

⁵² CSNU, Documentos oficiales., *Acta Oficial, sesión 1022ª*, Nueva York, EUA, párrafo 172, 23 de octubre de 1962, (S/PV.1022).

medidas confirmadas por el Consejo de la OEA como independiente de las que puede tomar el CSNU⁵³. Además, no niega los derechos y obligaciones que tienen reconocidas las organizaciones regionales en virtud de la Carta de la ONU, pero ello no implica que superioridad de sus competencias. El propio representante de Ghana reconocía que la las medidas coercitivas aplicadas por los EUA estaban contempladas en el artículo 42 de la Carta de la ONU y de ahí su conexión con el 53 de dicho cuerpo legal, para lo cual se requiere la autorización del CSNU⁵⁴.

c. Valoración

Las medidas que la OEA adoptó en contra de Cuba fueron las referidas en el artículo 8 del TIAR. Las medidas son las que el CSNU puede adoptar conforme al artículo 41 de la Carta, siempre que la actuación sea en el marco del Capítulo VII. De ahí que los organismos regionales contribuyan al mantenimiento de la paz.

De lo anterior se desprende que hubo uso de la fuerza armada en el caso de la cuarentena aplicada contra Cuba en el marco de la Crisis de los Misiles. Las medidas adoptadas en el seno de la OEA tenían tal carácter. Las resoluciones del Consejo Permanente de la OEA, como órgano de consulta de dicha organización son expresión de ello. Además, el empleo del término cuarentena impuesta por los EUA a Cuba coadyuvó también a corroborar que hubo empleo de la fuerza.

Las medidas coercitivas adoptadas por la OEA con base en el artículo 53.1 de la Carta de la ONU, exigen como requisito exigir la autorización del CSNU. El debate suscitado en torno a las medidas comprendidas en el ya aludido artículo 53 fue es escaso. Tampoco se despejó las dudas de si las medidas estipuladas en el artículo 41 de la Carta de la ONU son coercitivas. Las resoluciones constatadas no zanján la polémica y se puede apreciar en su contenido la fuerte politización del CSNU.

Para los EUA solamente se requería la autorización del CSNU cuando se trate de una resolución vinculante adoptada por un organismo regional. Dicho país es contrario a que se requiriera autorización en los casos de recomendaciones, como las que se hicieron para el caso de Cuba. Para sustentar su posicionamiento de la requerida

⁵³ CSNU, Documentos oficiales., *Acta Oficial, sesión 1024^a*, Nueva York, EUA, 24 de octubre de 1962, (S/PV.1024).

⁵⁴ *Ibidem*, párrafos. 107-109, p. 19.

autorización en decisiones de tipo vinculante, los EUA recurrieron a la jurisprudencia internacional. Para ello se ampararon en la Opinión Consultiva sobre Ciertos Gastos de las Naciones Unidas (párrafo 2 del artículo 17 de la Carta) de 20 de julio de 1962⁵⁵.

Así, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) reconoce que: ... *“toda cuestión de esta naturaleza [relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales] con respecto a la cuales requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla”*⁵⁶; *“La Corte estimó también que las acciones a que se refería dicha disposición eran las coercitivas”*⁵⁷.

La propia CIJ alude al término recomendación y dispone: *“En ese contexto, la palabra ‘acción’ significaba la acción que era de competencia exclusiva del Consejo de Seguridad, esto es, la indicada en el título del Capítulo VII de la Carta: ‘Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión’. Si el término ‘acción’ del párrafo 2 del Artículo 11 se interpretara en el sentido de que la Asamblea General únicamente podía hacer recomendaciones de carácter general relativas a la paz y la seguridad en abstracto, y no en relación con casos particulares, ese párrafo no hubiera previsto que la Asamblea General podía hacer recomendaciones sobre cuestiones planteadas ante la misma por los Estados o por el Consejo de Seguridad. En consecuencia, la última frase del párrafo 2 del Artículo II no era aplicable cuando la acción necesaria no fuese una acción coercitiva”*⁵⁸.

Por lo tanto, en la opinión consultiva de la CIJ la acción coercitiva significa: medidas de un Estado dirigida contra otra autoridad, acción contemplada en el Capítulo VII de la Carta, y no meramente el uso de la fuerza del artículo 42, tiene como fin la prevención o eliminación de una amenaza para la paz, actos de agresión o que quebrantan la paz y es competencia exclusiva del CSNU.

La tesis sostenida por EUA no se puede compartir, pues la jurisprudencia citada trata una cuestión diferente a la que se viene analizando. O sea, una cosa muy diferente es que la AGNU apruebe las Operaciones de Mantenimiento para la Paz y otra, que se soliciten al CSNU la aprobación e implementación de medidas coercitivas adoptadas

⁵⁵ Vid. CIJ., *Recueil, Ciertos gastos de las Naciones Unidas (párrafo 2 del artículo 17 de la Carta)*, de 20 de julio de 1962.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 151.

⁵⁷ *Ídem*, p. 164.

⁵⁸ *Ídem*, p. 165.

por un organismo regional. Además, la decisión de la Corte no esgrime como fundamento legal el artículo 53 de la Carta. Igualmente, la autorización del CSNU es indispensable para las recomendaciones que implican el uso de la fuerza. El precepto 2.4 de la Carta prohíbe el uso y la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales. En el momento que los EUA recomendaron a la membresía de la OEA tomar medidas armadas y la OEA las adopta en virtud de su resolución, este acto implica apelar al uso de fuerza armada y por ende, debe autorizarse por el CSNU. Debe evitarse convertir a la OEA como un organismos que pueda actuar de forma aislada, sin el consentimiento del CSNU cuando se traten de actos que quebrantan la paz en el continente americano.

Las recomendaciones que emanaron de la OEA relacionadas con las medidas tomadas contra Cuba en el contexto de la Crisis de los Misiles no contestaron con la autorización del CSNU, a pesar de que según la legalidad analizada con anterioridad, se debió hacer. El Consejo Permanente como Órgano de Consulta de la OEA y los Estados miembros que apoyaron las medidas adoptadas contra Cuba entendieron que bastaba con notificarlas al CSNU, pues eran medidas que no implicaban el uso de la fuerza, según el artículo 54 de la Carta de la ONU. En oposición, las medidas tomadas contra Cuba eran de tipo coercitiva, por lo que se debió solicitar la autorización de dicho órgano de la ONU. Desde el momento en que el CSNU toma nota de las recomendaciones hecha por la OEA, ese hecho no tiene connotación de autorización.

Puede saltar a la duda que la OEA tiene su personalidad jurídica y que por ello no se requiere la autorización de conformidad con el ya aludido artículo 53⁵⁹. Ello puede suceder en el caso de medidas coercitivas que no impliquen uso de la fuerza, pero en los casos de medidas coercitivas que apelen al uso de la fuerza sí requieren la autorización, aunque un Estado forme parte de la membresía del organismo regional.

Las medidas de rupturas de las resoluciones diplomáticas y económicas tomadas de acuerdo con el artículo 8 del TIAR eran tomadas de forma soberana por los Estados miembros de la OEA o por la organización regional, en el caso que los Estados actúen de forma colectiva. Así ha sucedido con la adopción de medidas a las que apelaron las

⁵⁹ Vid. CARDONA LLORENS, J., “Una relectura del artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas a la luz del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados”, en DRNAS DE CLÉMENT, Z y [et.al]., *Estudios de derecho internacional público en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Ed: Drnas-Lerner Editores, Córdoba, Argentina, 2002, p. 539.

naciones latinoamericanas que apoyaron la postura estadounidense contra Cuba, en el seno del organismo. Ello pudo haber hecho que colisionen los derechos de los Estados a adoptar dichas medidas con las que tomen las naciones latinoamericanas como miembros de la organización internacional.

Las dudas se despejan con la invocación del artículo 10 del TIAR: “*Ninguna de las estipulaciones de este Tratado se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de las Altas Partes Contratantes de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas*”⁶⁰. Por lo tanto, con base en las obligaciones internacionales que habían contraído los Estados que apoyaron adopción de la medidas de la Carta de la ONU, en especial, el Capítulo VIII, de las relaciones que se pueden establecer entre la organización universal y regional. En los casos de colisión entre la Carta de la ONU y el instrumento constitutivo de la OEA, prima la primera, según los artículos 102 y 103 de la Carta de la ONU⁶¹. Las acciones de los organismos regionales están supeditadas al cumplimiento de los principios establecidos en la Carta de la ONU.

CONCLUSIONES

Las medidas que adoptó la OEA en el contexto de la Crisis de los Misiles en 1962 pueden concebirse como coercitivas. Ellas se ampararon en los artículos 6 y 8 del TIAR. Dichas medidas son las que el CSNU puede decidir de conformidad con el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas.

El Órgano de Consulta del Sistema Interamericano solamente se dedicó a informar al CSNU sobre las medidas tomadas contra Cuba en la Crisis de los Misiles. EL referido órgano de la ONU se dedicó a tomar nota, cuya base legal es el artículo 54 de la Carta de las Naciones Unidas. Este acto no se debió ver como un presupuesto legal para que los EUA y los países aliados miembros de la OEA llevaran a vía de hecho las medidas tomadas contra Cuba.

⁶⁰ Vid. el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca..., *op. cit.*

⁶¹ Vid. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia..., *op. cit.*, p. 33869.

Las medidas coercitivas tomadas contra Cuba por Crisis de los Misiles en la OEA pueden considerarse de dudosa legalidad. Ellas implicaron un uso de fuerza en las relaciones internacionales. El CSNU debió dar su autorización para el materializarlas, según el artículo 53 de la Carta de la Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS GUEVARA, M. A., “Cuba: reforma y transformación agraria. La crisis de los noventa y el proceso de desestatalización de la agricultura”, *Revista IDEAS*, volumen 3, número 1, enero/junio, 2009.
- BARBÉ, E. “La crisis de los misiles de Cuba veinte años después”, *Revista Afers Internacionals*, 1982.
- CARDONA LLORENS, J., “Una relectura del artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas a la luz del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados”, en DRNAS DE CLÉMENT, Z y [et.al]., *Estudios de derecho internacional público en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Ed: Dirnas-Lerner Editores, Córdoba, Argentina, 2002.
- CASTRO RUZ, F y FERNÁNDEZ, J. R., *Playa Girón/ Bahía de Cochinos: Primera derrota militar de Washington en América*, Ed: Pathfinder Press, New York, EUA, 2001.
- CHANG, L y KORNBLUH, P., *Cuban Missile Crisis, 1962: A National Security Archive Documents Reader*, Ed: W.W. Norton & Co, 1999.
- FEO VALERO, J., “La participación de los organismos regionales en la Resolución del conflicto en Haití”, en Haití: *Un Difícil Equilibrio entre el Derecho Internacional, los Derechos Humanos y el Desarrollo*, tesis doctoral Universidad de Valencia, Valencia, España, 2015.
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., *Derecho constitucional de las Naciones Unidas. Comentario teórico - práctico de la Carta*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, España, 1958.
- KELSEN, H., *The Law of The United Nations. A Critical Analysis of Fundamental Problems*, London Institute of World Affairs, Ed: Frederick A Praeger, New York, Estados Unidos de América.
- LINARES MARTÍNEZ, A., “Lo que revelan los archivos desclasificados sobre la crisis de los misiles en Cuba y la definición de la Guerra Fría”, *Revista de Procesos Históricos*, número 16, julio – diciembre, 2009.

- ONU., *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas, Suplemento número 3*, volumen II, Nueva York, EUA, 1959 – 1966.
- PAMIES PALAZUELO, J. C., “La crisis de los misiles en Cuba a través de la óptica soviética: una doble aproximación desde la historia y la teoría de las Relaciones Internacionales”, *Revista Historias de las Relaciones Internacionales*, enero, 2014.
- RAFAEL DEPECH, M. E, *Carta de las Naciones Unidas anotada*, Ed: Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 82.
- REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*, Ed: Tecnos, Madrid, 1982.
- RODRÍGUEZ, J. C., *Girón la batalla inevitable. La más colosal operación de la CIA contra Fidel Castro*, Ed: Capitán San Luis, La Habana, Cuba, 2005.
- SILVA ARDANUY, F. M., “Gasto militar y políticas de excepción en la República de Cuba (1952-1965)”, *Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, número 22, enero - abril, 2014.
- ST ´CLAIR, A y TINOCO, M., “La invasión a bahía de Cochinos, Cuba, desde la mirada de la población de Biliwi, Puerto Cabezas, Nicaragua”, *Revista Ciencia e Interculturalidad*, volumen 7, número 2, julio – diciembre, 2010.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA., *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, segunda edición, Barcelona, España, 1994.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA., *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, versión electrónica. Tomado de: <http://dle.rae.es/autorizar?m=form> [29 de marzo de 2021].
- VILLANI, U., “The Security Council’s Authorization on Enforcement Action by Regional Organizations”, *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, volumen 6, 2002.

Normas jurídicas

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de la ONU de 26 de junio de 1945. Tomado de: BOE número 275, de 16 de noviembre de 1990.

El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, suscrito en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, Río de Janeiro, Brasil, del 14 de agosto al 2 de septiembre de 1947.

Carta de la Organización de Estados Americanos, firmada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

Jurisprudencia internacional

CIJ., *Recueil, Ciertos gastos de las Naciones Unidas (párrafo 2 del artículo 17 de la Carta)*, de 20 de julio de 1962.

Documentos

Resoluciones e informes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

CSNU., *Resoluciones y Decisiones del Consejo de Seguridad*, 1960 – 1961, (S/INF/15/Rev.1).

CSNU., *Carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Primer Viceministro de Relaciones Exteriores de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, de 5 de septiembre de 1960, (S/PV. 893); (S/PV. 894) y (S/PV. 895).

CSNU., Documentos oficiales., *Resolución sobre cuestión relativa a la República Dominicana*, de 9 de septiembre de 1960, (S/RES/156 (1960)).

CSNU, Documentos oficiales., *Informe del Consejo de Seguridad*, decimoctavo período de sesiones, Nueva York, EUA, de 16 de julio de 1962 a 15 de julio de 1963, (A/5502).

Actas

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

CSNU, Documentos oficiales., *Acta Oficial, sesión 1022^a*, Nueva York, EUA, párrafo 172, 23 de octubre de 1962, (S/PV.1022).

CSNU, Documentos oficiales., *Acta Oficial, sesión 1024ª*, Nueva York, EUA, 24 de octubre de 1962, (S/PV.1024).

Organización de Estados Americanos

OEA, Documentos oficiales., *Acta de la VI Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, de 16 al 21 de agosto de 1960.

OEA, Documentos oficiales., *Acta Final de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*, Punta del Este, Uruguay, del 22 al 31 de enero de 1962.

Cartas

Carta dirigida al Presidente del CSNU por el Representante Permanente de los EUA, de 22 de octubre de 1962, (S/5181 y S/5182).

Carta dirigida al Presidente del CSNU por el Representante Permanente de Cuba, de 22 de octubre de 1962 (S/5183).

Carta dirigida al Presidente del CSNU por el Representante Permanente de la URSS, de 23 de octubre de 1962 (S/5186).

Carta de Krushev a Kennedy, de 26 de octubre de 1962. Tomado de: <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/cuba1962-1.htm> [5 de marzo de 2021].

Carta de Kennedy a Krushev, de 28 de octubre de 1962. Tomado de: <http://www.historiasiglo20.org/TEXT/cuba1962-2.htm> [5 de marzo de 2021].

Cartas entre Fidel y Jruschov, *Diario Granma*, número 304, de 3 de noviembre de 2012.

VACÍOS Y AUSENCIAS QUE DAN ORIGEN AL SISTEMA EDUCATIVO INDIGENA PROPIO (SEIP) EN COLOMBIA¹

VOIDES AND ABSENCES THAT GIVE ORIGIN TO THE INDIGENOUS OWN EDUCATIONAL SYSTEM (SEIP) IN COLOMBIA

María Elena Tobar Gutiérrez²

Universidad de la Sabana, Colombia

RESUMEN

Identificar vacíos que originan el Sistema Educativo Indígena Propio SEIP, permite comprender el rumbo de las concertaciones entre las organizaciones indígenas y el Estado colombiano, en el marco del derecho a la educación propia de personas y colectivos de los pueblos indígenas, que buscan soluciones duraderas para realizar sus planes de vida, que son fundamentales y requieren aplicarse con plena la autonomía administrativa, desde la originalidad de sus cosmovisiones, valores y costumbres, para su pervivencia como pueblos ancestrales y diversos.

PALABRAS CLAVE: Vacíos, Ausencias, Pueblos Indígenas, Derechos, Educación Propia.

ABSTRACT

Identifying gaps that originate the SEIP Own Indigenous Educational System, allows us to understand the course of the agreements between indigenous organizations and the Colombian State, within the framework of the right to education of individuals and groups of indigenous peoples, who seek durable solutions for carry out their life plans, which are fundamental and require full application of administrative autonomy,

¹ Artículo recibido el 26 de marzo de 2021 y aprobado el 07 de mayo de 2021.

² Antropóloga, Especialista en Gerencia Educativa, Magíster en Etnolingüística y en Dirección y Gestión de Instituciones Educativas. Con más de XX años de trabajo en pro de los pueblos indígenas de Colombia desde Instituciones del Estado y desde las organizaciones indígenas. Candidata al Doctorado en Educación de la Universidad de la Sabana. Asesora formulación de política pública, evaluación y seguimiento, para pueblos étnicos. E-mail: mariatogu@unisabana.edu.co

from the originality of their worldviews, values and customs, for their survival as ancestral and diverse peoples.

KEYWORDS: Gaps, Absences, Indigenous Peoples, Rights, Own Education.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS. II. EL INICIO DE UN LARGO CAMINAR. III. HACIA UNA SOLUCIÓN DE AMPLIO ALCANCE. IV. VACÍOS Y AUSENCIAS QUE DAN ORIGEN AL SEIP 4.1 Desde las epistemologías del Sur. 4.2 Desde el pensamiento indígena. CONCLUSIÓN

* * *

INTRODUCCIÓN

El presente documento hace parte de una investigación sobre educación, en la que se ha planteado la pregunta acerca de si el Sistema Educativo Indígena Propio-SEIP en Colombia, ¿reúne las condiciones para consolidarse como política pública educativa estable y duradera en el marco del plan de vida de los pueblos indígenas? Amplio reto que exige múltiples miradas desde lo estatal y desde lo ancestral. Para este Artículo se consideran las perspectivas del curso del Profesor Boaventura De Sousa Santos, en la sociología de las ausencias y de las emergencias.

La presente aproximación es desde el derecho, que tienen los pueblos ancestrales de nuestra América y en particular de Colombia, a existir como lo que son y han venido siendo desde tiempos antiguos, pero que han de tenerse en cuenta, pues son el testimonio viviente de la huella humana, cultural y resiliente a pesar de los siglos, donde se destaca su accionar de protectores de la naturaleza y el entorno, a los que generalmente la cultura occidental aprovecha y explota, pero no considera y mucho menos cuida.

Estos indígenas y las organizaciones que los representan, sabedores de que en su *Educación Propia* se encuentran la esencia y la pervivencia de los pueblos, acuden al Estado colombiano a reclamar el derecho a la misma y se inicia entonces, un largo camino pleno de alternancias, pues los sucesivos gobiernos apoyan, pero no del todo, dado que las necesidades son específicas y la educación uniforme que brinda el Estado,

puede funcionar para una población mayoritariamente similar, pero para lo indígena, donde lo que más prevalece es la diversidad.

Variados pensamientos desde la academia, acuden a plantear soluciones y a inspirar modos de concertar en beneficio de la educación propia. La mirada se centra en los vacíos y ausencias que dan origen al SEIP, desde el considerando de las Epistemologías del Sur que logra interpretar con acierto, la interioridad del sentir indígena de nuestros pueblos y por supuesto desde la palabra de los Mayores, Taitas y Autoridades tradicionales, que orientan cómo puede y debe ser la Educación que les es favorable.

I. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Tanto en Colombia como en los países de la región, el derecho a la educación se considera un factor importante para el logro del objetivo de la transformación social, orientada a la búsqueda de una sociedad más equitativa, pero por sobre todo, respetuosa de la diversidad cultural. En ese sentido, las naciones tienen la inmensa responsabilidad de formular e implementar políticas públicas que garanticen el cumplimiento de los fines de la educación. El derecho a la educación es fundamental, no sólo para que los pueblos indígenas rompan el patrón de exclusión y discriminación, sino como medio que les permita el goce efectivo de sus derechos humanos y colectivos, sin tener que renunciar a su diversidad étnica, lingüística, espiritual, axiológica y epistemológica.

La problemática tiene su raíz en que el sistema educativo occidental, no responde a las necesidades educativas de los pueblos indígenas, ocasionando mayores desigualdades y peligros para su existencia étnica y cultural, además de forjar nuevos daños irreparables en las personas y pueblos indígenas en materia de aculturación.

Colombia, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, pasó de señalar a los indígenas como "salvajes" y "menores de edad", a reconocer al país como pluriétnico y multicultural; declaró la oficialidad de sus lenguas en sus territorios; reconoció el derecho que les asiste a los grupos étnicos con tradiciones lingüísticas propias, a una educación bilingüe; facilitó los mecanismos institucionales para la participación de las comunidades en la dirección y administración de su educación y

estableció el derecho que tienen a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

El reconocimiento de estos derechos también se vio favorecido por la promulgación de normas internacionales, como el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en 2007, entre otras, en donde el derecho a la educación es pieza fundamental para el reconocimiento de los demás derechos de los pueblos indígenas.

II. EL INICIO DE UN LARGO CAMINAR

Es así como a partir de la expedición de la Ley General de Educación en 1994, Colombia empezó a dar los primeros pasos hacia el reconocimiento del mandato constitucional de la educación para los grupos étnicos (incluidos los pueblos indígenas), a la que denominó *Etnoeducación*, pero lo hizo sin la participación de los indígenas en calidad de actores directos. Esta decisión, estuvo también impulsada por académicos nacionales e internacionales, que se movían en la línea conceptual del etnodesarrollo, concepto propuesto por Bonfiel Batalla, pero que, en la comprensión de los pueblos indígenas, vino a ser leída como un apéndice de la educación nacional, pues tenía los mismos objetivos, los mismos principios, las mismas metas del país en cuanto a competencias, productividad, pedagogía y metodología, y no como la respuesta a las necesidades de los pueblos; y mucho menos, como las políticas de Estado denominadas Inclusión o Enfoque Diferencial.

La etnoeducación, que se legisló en el capítulo 3 de la ley 115 del 8 de febrero de 1994, ha hecho esfuerzos por ser etnoeducativa y comunitaria, sin embargo, no ha logrado reconocer la particularidad de los procesos educativos propios de los pueblos indígenas; no logró superar el modelo centralizado y excluyente de la educación oficial para transformarse en un horizonte socializador como en algún momento se planteó (Programa Etnoeducación MEN - PRODIC. 1990). Los proyectos etnoeducativos se concentran en la educación preescolar, básica (primaria y secundaria), media, no formal e informal, fragmentando así la educación propia indígena, desde criterios occidentales,

cuando se esperaba que cada pueblo pudiera establecer con autonomía sus ciclos y etapas.

Los pueblos indígenas han sido históricamente sometidos, a través de las estructuras políticas y eclesiásticas, mediante las cuales se ha adelantado la educación en sus territorios. La estrategia de la contratación para la prestación del servicio educativo a cargo de terceros también ha sido nociva; se trata de una práctica que tuvo inicio en la prestación del servicio mediante un contrato realizado entre el Estado colombiano y la iglesia católica, para atender a los indígenas en los anteriormente llamados territorios nacionales o zonas de difícil acceso, práctica que fue recogida en la Ley General de Educación, en concreto para la administración de escuelas e internados realizada por dicha Iglesia. Esta práctica se amplió posteriormente contribuyendo a la privatización de la educación. Los particulares tienen como fin el lucro, y las iglesias además el adoctrinamiento.

Si bien es cierto que las condiciones, las motivaciones y las decisiones por parte del Estado han cambiado en este sendero Educativo, se vislumbra la importancia de valiosos ajustes o mejores determinaciones. Es así como la Etnoeducación constituyó un avance importante, pero, el control de la formulación, desarrollo e implementación de los contenidos educativos continuó a cargo del Estado, a través de una suerte de "indigenización" de la educación occidental con una precaria participación de los pueblos indígenas y de los demás grupos étnicos en las decisiones educativas, lo que podría leerse como el "fracaso" de la Etnoeducación, en tanto que ésta no descolonizó la educación, sino que por el contrario, reprodujo el patrón de poder colonial. Aquí hay un considerable vacío.

"[muchas] de las propuestas de una «educación descolonizadora» que se plantean [...] pretenden reemplazar una educación de índole occidental por una educación de orientación indígena - originaria («indigenización de la educación»), muchas veces cambiando el castellano por uno de los idiomas nativos. Si bien este esfuerzo es muy loable, queda corto a la hora de una descolonización estructural [en tanto ésta] sigue pesando en parámetros epistemológicos y axiológicos occidentales, con los criterios académicos establecidos y la institucionalidad educativa heredada de la Colonia. Antes de plantear el desafío de una «educación descolonizadora» como

propuesta alternativa para nuestros pueblos, hay que tratar el desafío de la descolonización de la educación de manera sistemática". (Estermann, 2015: 118-119)

Son variados los planteamientos que se han hecho sobre la etnoeducación, entre ellos los de Artunduaga (1997), o Calvo y García (2013) que van desde la etnoeducación comprendida como una estructura para el diálogo entre la institucionalidad educativa y los indígenas en distintos niveles territoriales, hasta considerarla un modelo de integración y homogeneización de los pueblos indígenas, e incluso plantearla como una estrategia institucional oficial para impedir los procesos de la educación y la resistencia de los pueblos indígenas. Todas estas apreciaciones aportan a los análisis de la etnoeducación y contribuyen a hacer la diferencia con los procesos de educación propia, bilingüe e intercultural que se originaron en los pueblos indígenas, a partir de diálogos al interior de las comunidades acerca de la educación y la escuela con el fin de construir una "*noción diferente*" de ellas (CRIC-PEBI, 2004: 43).

Otro vacío que se profundiza con el paso del tiempo y con el conflicto armado interno, y es que, aún no se ha resarcido o reparado la deuda histórica por las violaciones a los derechos humanos en contra de los pueblos indígenas, cuyas consecuencias hoy siguen afectando su situación de vulnerabilidad y marginación. Los territorios indígenas han sido igualmente víctimas del conflicto y en ellos, los líderes sociales y educativos han sufrido desapariciones, amenazas, desterritorialización y, en muchos casos el asesinato. Ausencias irreparables en la vida de los pueblos, en especial cuando se trata de autoridades educativas, o políticas que los guían, orientan y representan, sin dejar de mencionar, la terrible afectación a niños y jóvenes o establecimientos educativos.

Los principales vacíos en la actualidad, tienen su núcleo en el derecho negado a la autonomía. Además de la desconfianza frente a las capacidades y posibilidades de que los pueblos puedan desempeñar por sí mismos, y de manera eficaz, la administración del Sistema Educativo. Dado que el parámetro es siempre la educación occidental, no se reconoce la existencia de formas de administración educativa distintas; en cambio, se aplica un monismo jurídico excluyente. Esto también contribuye a entorpecer el ejercicio de autoridad, gobierno y autonomía de los pueblos indígenas en sus territorios.

Una gran ausencia en la estructura del Ministerio de Educación Nacional, de una unidad visible (área, dependencia, instancia, programa), que facilite el acercamiento a las visiones de los pueblos, la institución en su mayoría, es distante a la comprensión de las legítimas aspiraciones de los pueblos indígenas, tampoco cuenta con espacios o personal que medie en la interacción para la comprensión de la realidad y su estructura. Los servidores/as tampoco cuentan con formación respecto a los derechos de los pueblos indígenas y si los conocen, son fácilmente ignorados. En los distintos niveles del sector educativo, por lo general hay desconocimiento y desprecio frente al reconocimiento de la autoridad y de las formas particulares del derecho a la autonomía educativa de los pueblos indígenas.

El ideal de un Ministerio de Educación, en un país pluriétnico y multicultural, es que se conozcan y valoren los saberes depositados en estos pueblos milenarios, además de generar las posibilidades para que dichos saberes, se transmitan, se desarrollen y permanezcan.

Como si fuera poco, aún subsisten prejuicios y estereotipos sobre los pueblos indígenas, según los cuales sus culturas son primitivas, no evolucionadas, que viven enfrascados en adicciones o en situaciones de violencia familiar o comunitaria. Estos imaginarios conllevan a desconocer de plano su autonomía y autodeterminación, así como sus formas propias de tomar decisiones y de ejercer gobierno. En consecuencia, se ve necesario que las autoridades de los pueblos indígenas en sus actuaciones deban tener la validación de una autoridad o institución gubernamental.

III. HACIA UNA SOLUCIÓN DE AMPLIO ALCANCE

Bajo este panorama, los pueblos indígenas emprendieron un nuevo reto, pero esta vez con un horizonte más ambicioso: la formulación e implementación de un Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP), con la mira puesta en que éste se convirtiera en la política pública educativa para los pueblos indígenas del país.

Teniendo el precedente de lo acaecido con la Etnoeducación en Colombia, tanto los pueblos indígenas como el Estado, deben asegurarse de que la implementación del SEIP no corra la misma suerte de la Etnoeducativa. Si bien se han dado avances

sustanciales en relación con la promulgación de normatividad que reconoce los derechos de los pueblos indígenas en materia educativa (Me refiero puntualmente a la expedición del Decreto 2500 de 2010 [hoy compilado en el Capítulo 4, del Título 1, de la Parte 3, del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015], que reglamenta la contratación de la administración de la atención educativa por parte de las entidades territoriales certificadas en educación, con los cabildos, autoridades tradicionales indígenas, asociaciones de autoridades tradicionales indígenas y organizaciones indígenas, en el marco del proceso de construcción e implementación del Sistema Educativo Indígena Propio SEIP y posteriormente a la expedición del Decreto 1953 de 2014,

"[por] el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas, respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas [entre ellos el SEIP] hasta que el Congreso expida la ley de la que trata el artículo 329 de la Constitución Política [que reglamenta las Entidades Territoriales Indígenas]".

Se han realizado algunos ajustes a los procedimientos y estructuras institucionales, todos ellos en dirección al SEIP, pero no han sido suficientes; los progresos en esta materia no se han dado con el ritmo esperado, desnudando grandes vacíos y dificultades para enfrentar este reto, y haciendo necesario preguntarse si el SEIP actualmente ¿reúne las condiciones necesarias para ser una política pública educativa sostenible para los pueblos indígenas en Colombia?

Para contestar este interrogante es imperativo caracterizar el proceso de construcción del SEIP, lo cual supone: la comprensión de los avances, obstáculos y dificultades encontrados hasta ahora en el camino, así como las dinámicas de relacionamiento entre los pueblos indígenas y el Estado colombiano (en todos los niveles: local, regional, nacional), durante dicho proceso. Lo anterior permitirá también, el entendimiento de las razones por las cuales, retomando los planteamientos de Santos, B., (2009), las *ausencias* o *vacíos* del Sistema Educativo Nacional se constituyen en las *emergencias* del SEIP.

IV. VACÍOS Y AUSENCIAS QUE DAN ORIGEN AL SEIP

La expectativa sobre la consolidación del SEIP en Colombia, es creciente en términos de identificar sus fortalezas y posibilidades de acción e interacción frente al Sistema Educativo Nacional, que engloba “la política pública”, general, homogeneizante y excluyente y las refriegas, que ha tenido que enfrentar el movimiento indígena para superar la negación de sus planteamientos en particular cuando se les endilga que son ilegítimos, ilegales o irrelevantes para la sociedad nacional.

“El pueblo que es el sujeto de la democracia, por tanto, el sujeto matricial de la política, no es la colección de miembros de la comunidad o la clase laboriosa de la población. Es la parte suplementaria respecto de toda cuenta de las partes de la población, que permite identificar con el todo de la comunidad la cuenta de los incontados”. (Rancière 2006: 66).

La política pública en materia educativa, representa para los pueblos indígenas de Colombia, dar continuidad a la reivindicación de sus derechos y avanzar en el ejercicio de la autonomía y autodeterminación, que les permite definir su sueño de vida como pueblos diversos. Dado que continúa una serie de incumplimientos por parte del Estado, sobre los acuerdos pactados y sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, hay lugar para:

“Las desigualdades económicas se traducen en la experiencia cotidiana como distancia social; la élite se aleja de la masa, las expectativas y las luchas de un camionero y un banquero nada tienen en común. Las distancias de este tipo conducen con razón al enojo del común de la gente; El nosotros contra los otros tanto en pensamiento y como en el comportamiento es un resultado esperado” (Sennett, 2012: 7).

Y para:

“Si la política es el trazado de una diferencia que se esfuma con la distribución de las partes y de las partes sociales, resulta que su existencia no es para nada necesaria, sino que adviene como un accidente siempre provisorio en la historia de las formas de la dominación. El resultado es que el litigio político tiene como objeto esencial la existencia misma de la política” (Rancière, 2006: 69).

4.1 Desde las Epistemologías del Sur

Santos, B. plantea, que a pesar de estar viviendo momentos modernos de *inclusión* en todo orden del mundo *civilizado*, no sólo en las colonias aún existentes (del otro lado de la línea abismal), sino en las metrópolis mismas, se siguen dando radicales situaciones de rechazo, discriminación, xenofobia y maltrato en general por motivos de raza, estrato económico, género, confesión religiosa, pertenencia política y otras, en fin: se institucionaliza la división cultural entre los que sí pueden aspirar a condiciones de bienestar, y los que nó. La sociología de las ausencias y de las emergencias, desarrolladas en el marco del proyecto "La reinención de la emancipación social", serán fundamentales para analizar los vacíos y ausencias que han dado lugar al planteamiento del SEIP por parte de los pueblos indígenas.

La sociología de las ausencias: *"Identifica las maneras y los medios por los cuales la línea abismal produce la no existencia, la invisibilidad radical y la irrelevancia"*. (Santos, B., 2018:306).

"En la actualidad, la sociología de las ausencias es la investigación de las maneras en que el colonialismo, en la forma de colonialismo del poder, saber y ser, opera junto con el capitalismo y el patriarcado para producir exclusiones abismales, esto es, para producir ciertos grupos de personas y formas de vida social como no existentes, invisibles, radicalmente inferiores o peligrosos, en suma, como descartables o amenazantes". (Ibid. :307).

En este contexto, De Sousa, Boaventura (2009) distingue cinco lógicas o modos de producción de "no existencia" equivalentes al resultado de la existencia y actuar bajo determinadas lógicas y monoculturas:

i. La monocultura del saber y del rigor del saber, en la que la ciencia moderna y la cultura occidental se consideran criterios únicos de verdad (produce el ignorante). La producción e imposición de conocimiento desde una cultura mayoritaria, fabrica ignorancia respecto de la existencia de la diversidad indígena. La exigencia que hacen los pueblos indígenas en la vía de la autonomía educativa, plantea al sistema educativo nacional, la posibilidad de solucionar problemas, reconocer saberes y superar la ignorancia de conocimientos ancestrales, muchos de los cuales requieren ser transmitidos en lenguas nativas.

ii. La monocultura del tiempo lineal que se caracteriza por la idea de que la historia tiene dirección y sentido únicos, es decir es lineal (produce lo residual). Los países desarrollados han sometido históricamente a los países en vía de desarrollo y mientras los desarrollados buscan la acumulación de capital sin interesarse por el bienestar de vida para todos sus habitantes, la implementación del SEIP como política pública, busca con toda claridad el respeto, la armonía y la dedicación al rescate, conservación y permanente producción de saberes para hacer realidad un proyecto de vida en armonía y bienestar para todos los pueblos indígenas.

iii. La lógica de la clasificación social, a través de la cual se hace la distribución de la población por medio de categorías que naturalizan jerarquías e identidades como blanco, negro, indio, etc. (produce lo inferior). Es una lógica de estratificación social, es una lógica de discriminación y exclusión. El SEIP no descalifica el sistema educativo de la nación, tampoco acepta que se les considere a los indígenas como incompetentes; sólo acuden a la igualdad de derechos ciudadanos, para que se les brinde la oportunidad de ser autónomos en la administración del servicio educativo requerido.

iv. La lógica de la escala dominante, desde la cual sólo existe lo universal y lo global (produce lo local). La grandeza externa es un espejismo del imperialismo reinante que busca erigir al más destacado. Mirada excluyente por naturaleza, pues envuelve a todos en una búsqueda violenta por obtener esepreciado puesto. El SEIP en su estructura y proyección nacional, rescata lo local y apartado de la lógica dominante, dimensiona una política pública educativa para el desarrollo del conocimiento, en todos y cada uno de los pueblos indígenas de Colombia.

v. La lógica productivista que se asienta en los criterios de la producción capitalista (produce lo improductivo). Todo enfoque desde la acumulación produce avaricia en la cultura, deteriorando cualquier clase de relación humana (el capital se debe alcanzar cueste lo que cueste). Para el enfoque del SEIP, la apuesta de riqueza no está en lo material ni en el mercado, está en el pensamiento que produzca armonía y con ella se determine un estilo de buena vida para todos.

La principal razón es, que el sistema educativo occidental no responde a las necesidades educativas de los pueblos indígenas, ocasionando mayores desigualdades y peligros para su existencia étnica y cultural, además de forjar nuevos daños irreparables en las personas y pueblos indígenas en materia de aculturación.

El SEIP responde con una propuesta centrada en los procesos educativos que como parte integral del componente pedagógico desde tiempos inmemorables, se ha venido implementando al interior de las comunidades de cada pueblo en la actualidad. Tanto en las propuestas curriculares que forman parte del plan de vida aplicado con esmero, dedicación y altos logros de aprendizajes significativos, como en los trabajos de recuperación paulatina de la identidad, pertenencia y compromiso por la pervivencia de los valores ancestrales sin perder de vista la importancia de atender a las exigencias de un mundo en constante renovación.

V. AUSENCIAS - EMERGENCIAS Y PROCESOS EDUCATIVOS INDÍGENAS

CONCLUSIONES de DE SOUSA	PROCESOS EDUCATIVOS INDÍGENAS
La experiencia social en el mundo es más amplia y variada de lo que la racionalidad occidental conoce y considera importante	El Sistema Educativo Indígena Propio, resultado de experiencias educativas indígenas propias, comunitarias e interculturales, va más allá del Sistema Educativo Occidental en términos de sus planteamientos pedagógicos, administrativos y políticos.
La riqueza social está siendo desperdiciada	La riqueza social y cultural de los pueblos indígenas y de sus procesos educativos está siendo desperdiciada, en la medida en que no es reconocida, valorada ni aceptable.
Para combatir el desperdicio de la experiencia es necesario hacer visibles las iniciativas y movimientos alternativos y darles la credibilidad necesaria.	Se hace necesario visibilizar y dar su lugar a las iniciativas educativas de los pueblos indígenas.

Fuente: Marco teórico: El sistema Educativo indígena de los pueblos indígenas de Colombia reúne las condiciones para consolidarse en una política pública estable y duradera en el marco de los planes de vida (V7)

La correlación permite organizar y profundizar en los análisis desde los planteamientos de Santos, B., perfectamente aplicables a la realidad del planteamiento del SEIP en los procesos educativos de los pueblos indígenas de Colombia.

Santos, B. (2009) critica el modelo de la racionalidad occidental que denomina la "razón indolente" –aludiendo a Leibniz– y propone una "razón cosmopolita", para ello considera necesario identificar y trabajar sobre las “epistemologías de los conocimientos ausentes”, desde los cuales conformar la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, para lo que se debe realizar la “crítica de la razón metonímica”, la “crítica de la razón proléptica” y un trabajo de traducción entre saberes y prácticas pertenecientes a dos o más culturas.

Se trata de un proceso metodológico-teórico que permitirá: (1) transformar objetos imposibles, desde la “lógica de la monocultura del tiempo lineal”, en posibles y así, transformar las ausencias en presencias; (2) ampliar la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades más allá de la realidad y la necesidad a las que se ciñe la investigación científica; las posibilidades en proceso y aún latentes es lo que denomina los "Todavía-no"; (3) realizar un trabajo de traducción que consiste en poner en diálogo las “experiencias del mundo, tanto las disponibles como las posibles, reveladas por la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias”.

“El trabajo de traducción incide tanto sobre los saberes como sobre las prácticas (y sus agentes). La traducción entre saberes asume la forma de una hermenéutica diatópica. Esta consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas, con el objetivo de identificar preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan”, partiendo de que *“todas las culturas son incompletas”* (Santos, B., 2009: 137 y 139).

Santos, B. (2009) señala que "la sociología de las ausencias es transgresiva" y “opera sustituyendo monoculturas por ecologías" identifica entonces cinco ecologías que, en tanto agregación de diversidad, sustituyen a las cinco monoculturas descritas, se trata de: (1) la ecología de los saberes, la cual permite la identificación otros saberes y de otros criterios de rigor diferentes a los planteados por la ciencia occidental; (2) la ecología de las temporalidades, en la que el tiempo lineal se considera una entre muchas de las concepciones del tiempo, no la única; (3) la ecología de los reconocimientos,

desde la que se realiza una deconstrucción de la diferencia y de la jerarquía; (4) la ecología de las trans escalas, a través de la cual se hace la recuperación simultánea de las aspiraciones universales ocultas, así como de las escalas globales/locales alternativas, que no son producto de la globalización hegemónica; (5) la ecología de las productividades, desde la que se realiza la recuperación y revalorización de sistemas alternativos y formas ancestrales de producción, que tanto el desarrollo como el capitalismo ocultaron, bajo el discurso de la modernidad. (Santos, B. 2009: 113-114).

En cada uno de los cinco campos, el objetivo de la sociología de las ausencias es revelar la diversidad y multiplicidad de las realidades y prácticas sociales [como es el caso de procesos de educación indígena] y hacerlas creíbles por contraposición a la credibilidad exclusivista de las prácticas hegemónicas [como la educación occidental]. La idea de multiplicidad y de relaciones no destructivas entre las prácticas y sus agentes es brindada por las ecologías: ecología de los saberes, ecología de las temporalidades, ecología de los reconocimientos, ecología de las escalas de pensamiento y acción y, finalmente la ecología de las productividades (producciones y distribuciones sociales). Común a todas estas ecologías es la idea de que la realidad no puede ser reducida a lo que existe [la educación para los pueblos indígenas no puede ser reducida a la educación occidental]. Se trata de una visión amplia del realismo, que incluye las realidades ausentes por la vía del silenciamiento, de la supresión, de la marginalización, esto es, las realidades que son activamente producidas como no existentes. (Santos, B. 2009: 125).

“En contextos poscoloniales es fundamental que la modernidad incorpore la visión de la (T)radición como un respaldo que tiene sus guardianes vivientes”. Es un elemento de consideración afirmado por (Rufer, 2018: 163).

Las experiencias y conocimientos que se han producido en los procesos de educación propia de los pueblos indígenas han sido sistemáticamente desconocidos, relegados, desvalorados y minimizados por parte de las instancias responsables de la educación en el país, como son las Secretarías de Educación en los niveles municipal, departamental y en el nivel nacional el Ministerio de Educación Nacional. No está de más mencionar los planteamientos de Gimeno y Castaño, (2008: 57): *“Las fuentes del buen saber y del buen hacer no se han secado y no deberíamos hacer apostasía de ellas eligiendo otras verdades en las que creer”*. No hay que inventar para buscar y encontrar buenas causas si se quiere hacer mejor al mundo y a los individuos a través de la

educación...hace falta que no se rompan las tradiciones buenas de pensamiento y de las prácticas. Para que estas últimas pervivan tienen que ser mostradas. Para la continuidad de las ideas es preciso seguir contándoselas a otros.

4.2 Desde el pensamiento indígena

Por su parte la sabiduría ancestral ha mostrado también de manera sistemática, que son conocimientos diferentes los que sustentan procesos educativos en sus componentes pedagógicos, administrativos y políticos, que están sustentados en los principios y saberes de los pueblos indígenas, para dar respuesta a las necesidades educativas particulares de estos pueblos. Dado que la llamada atención educativa configurada como un servicio, no acoge esas particulares necesidades y pretende una educación igualitaria para todos, más que ayuda, se convierte en una amenaza, que con la homogeneidad de la educación que ofrece, anula la esencia y la riqueza de lo diverso que es propio a los pueblos. *“no vivimos una cultura eterna, sino también hacemos cultura como cualquier pueblo vivo”*. (Cumes, 2012: 15).

Aun así, los pueblos indígenas organizados, han obtenido logros de reconocimiento que han sido elevados a normas, que como proyecto pretenden hacer presentes las necesidades, reforzar los propios valores y ponderar los procesos educativos indígenas; de allí que la reivindicación alcance en este momento la idea de un Sistema Educativo Indígena Propio y de esta manera, no sólo fortalecer los procesos culturales al interior de los pueblos indígenas, sino también aportar a la educación y a la pedagogía del país, que implica que el país nacional reconozca *“que todas las culturas son incompletas”*, (Santos, B. 2009: 38) y acepte los aportes e interacción entre el Sistema Educativo Nacional y el Sistema Educativo Indígena Propio.

Los métodos que Santos, B. (2009) propone en la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, permitirán hacer los análisis más detallados sobre las interacciones y configuraciones del SEIP en tanto epistemología emergente, que sin duda cuestiona los conocimientos occidentales sobre educación y pedagogía y que, a la vez, representa una posibilidad creciente para la configuración de epistemologías del Sur, en plural, desde el Sur. No está de más, tener en cuenta que *“Las exclusiones abismales”* se dan entonces entre los que habitan contextos metropolitanos y los que

“divididos por la línea abismal de la segregación cultural” habitan contextos colonialistas, capitalistas o patriarcales. “Las exclusiones no abismales” son aquellas que, en cualquiera de estos contextos, al interno de ellos mismos, experimentan los mencionados casos de discriminación contemporánea, cuando por las mismas leyes y la lógica se sobreentiende que no deberían existir.

En la mirada de Arroyo, M. (2003) la tarea como educadores sería estar atentos a los clásicos vínculos entre las cuestiones humanas y la educación. La clave pedagógica de los movimientos sociales es enseñar desde el compartir los mismos sentires, pensares y actuares que están sintiendo, pensando y actuando los educandos. En este sentido, el análisis de la relación entre Educación y Movimientos Sociales, Educación de Jóvenes y Adultos y Educación Popular, podría ser: captar, interpretar y explicitar esas permanencias, de cuestiones, de rituales, de lenguajes y didácticas acumuladas a lo largo de una historia tan permanente y tan actual.

En la percepción de Ramírez, R. (2019) mirar hacia un vivir más humanizante es: recuperar al “otro”; recuperar la gregariedad como esencia social; reconocer la libre participación democrática como derecho inalienable y, asumir la naturaleza como sujeto de derechos.

afirma:

“A lo largo de los siglos precisamente hemos tenido esta educación que ha cumplido un papel fundamental: la de borrar la memoria y la sabiduría de los pueblos originarios de este continente de Abya Yala [término como se nombraba nuestro continente en lengua nativa antes del descubrimiento]...” Green, (2011: 61).

Desde otro contexto cultural, en el territorio del pueblo Thule, pero en el mismo documento...

“la riqueza que está inserta en las palabras, debe ser tomada en cuenta en la educación de nuestros niños y niñas; una educación que dé cuenta de la sabiduría de nuestras abuelas y de nuestros abuelos, y cómo recrear y entretener los distintos saberes, como la historia, la geografía, la matemática, la astrología, el matrimonio, la familia, la comunidad, el gobierno, y sobre todo la relación de los seres con la naturaleza, con el cosmos y con nuestros creadores” (Green, 2011: 185)

Y la ratificación hecha desde el pensamiento maya:

“Lo que debemos recuperar es la capacidad usurpada de tejer los hilos de nuestra propia historia. En este caso, el pensamiento crítico [entendido como el ejercicio de criterio] que surja entre los mayas, entre las mujeres, es un recurso necesario” (Cumes, 2012: 15).

CONCLUSIÓN

Los métodos que Santos, B. (2009) propone en la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias permitieron hacer los análisis más detallados sobre las interacciones y configuraciones del SEIP en tanto epistemología emergente, que sin duda cuestiona los conocimientos occidentales sobre educación y pedagogía.

Con el SEIP se busca fundamentalmente generar un impacto sobre los actores generadores de política pública para los pueblos indígenas. Dada la realidad de las condiciones en las que se formulan las políticas públicas en Colombia, es fundamental comunicar el alcance que tiene la implementación de una política que garantice la estabilidad del SEIP y el impacto que tendrá sobre toda la población, no solamente sobre los pueblos indígenas. En esta medida, la investigación aporta como mediación dentro de la asimetría excluyente que se presenta entre los actores generadores de la política pública educativa para los pueblos indígenas y los destinatarios de ésta.

En atención a lo anterior y comprendiendo que este estudio finalizará, antes de que el tema del Sistema Educativo Indígena Propio SEIP, haya sido considerado como Política Pública en nuestro país, es válido considerar desde los elementos jurídicos, desde la acertada intencionalidad de los gobiernos cuando se ha presentado, desde los aportes teóricos de la academia propia y circundante, así como desde el reclamo claro y constante de los pueblos indígenas y sus organizaciones, que:

El derecho de los pueblos indígenas a una educación “que respete y desarrolle su identidad cultural”, es un imperativo constitucional que exige al Estado y sus gobernantes el planeamiento de políticas públicas que incluyan esta particularidad, desde la apertura a las posibilidades que plantean las propuestas y apuestas de la

educación indígena en el país, entablando diálogos desde el reconocimiento de realidades y lógicas de diversidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo, M. *Pedagogías em movimento – o que temos a aprender dos Movimentos Sociais Currículo sem Fronteiras*, v.3, n.1, pp. 28-49. Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte, Brasil (2003). Disponible en: <http://www.curriculosemfronteiras.org/vol3iss1articles/arroyo.pdf>
- Cumes, A. *Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio*. Anuario Hojas de Warmi. n° 17. Murcia, España (2012). Disponible en: <https://revistas.um.es/hojasdewarmi/article/view/180281>
- Decreto 1953 de 2014. Presidencia de la República. Ministerio del Interior. *Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política*. DO.: 49.297. Bogotá, Colombia.
- Santos, B. *Decolonizar el saber, reinventar el Poder*. Monevideo, Uruguay (1998). Ediciones Trilce- Extensión Universitaria. Universidad de la República.
- Santos, B. *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la postmodernidad. Segunda edición ampliada*. Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Traducción Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas. Santafé de Bogotá. Colombia (1998).
- Santos, B. *Una epistemología del Sur: la invención del conocimiento y la emancipación social*. Primera edición. Traducción Consuelo Bernal y Mauricio García Villegas. México (2009). Siglo del Hombre Editores. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales- CLACSO.
- Santos, B. Et al. *Introducción a las Epistemologías del Sur*. EPISTEMOLOGÍAS DEL SUR EPISTEMOLOGIAS DO SUL. (Buenos Aires (2018). CLACSO/Coímbra: CES. Libro digital pdf. págs. 25 – 62. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20181124092336/Epistemologias_del_sur_2018.pdf

- Estermann, J. *Más allá de occidente. Apuntes filosóficos sobre interculturalidad, descolonización y el Vivir Bien andino*. Ediciones Abya-Yala. Quito, Ecuador (2015).
- Gimeno, J. y Castaño, A. *Antropología comprometida, antropología de orientação pública e descolonialidade: desafios etnográficos e descolonização das metodologias*. (2016). Disponible en:
https://www.researchgate.net/publication/307082690_Antropologia_y_epistemologias_del_Sur_el_reto_de_la_descolonizacion_de_la_produccion_del_conocimiento_Presentacion
- Green, A. *Anmal Gaya Burba: Isbeyobi Daglege Nana Nabgwana Bendaggegala - Significados de Vida: Espejo de Nuestra Memoria en Defensa de la Madre Tierra*. Tesis Doctoral. Universidad de Antioquia. Medellín (2011).
- Programa de Educación Bilingüe del Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC-PEBI. *¿Qué pasaría si la escuela? 30 años de contrucción de una educación propia*. Editorial Fuego Azul. (C. R. Cauca, Ed.) Popayán (2004).
- Ramírez, R. *Los “bienes relacionales” en la socioecología política de la vida buena*. Universidad Autónoma de México (2019). Crisol, Serie numérica 8 pp 1-20,
- Rancière J. *Política, policía, democracia. Diez tesis sobre la política*. LOM Ediciones. Santiago de Chile. Chile (2006). Págs. 59-79.
- Rufer, M. *La memoria como profanación y como pérdida: comunidad, patrimonio y museos en contextos poscoloniales*. A Contracorriente, Una revista de estudios latinoamericanos. (2018). Vol. 15, Núm. 2 pp 149-166.
- Sennett, R. *Together. The Rituals, Pleasures and Politics of Co-operation*. Yale University Press New Haven, USA & London, UK. Typeset by Jouve (UK), Printed in the USA. (2012).

IV. RECENSIONES

**GÓMEZ PRIETO, Julia, Balmaseda en América, Ayuntamiento de Balmaseda,
2019**

José Manuel Azcona

Universidad Rey Juan Carlos

Estamos ante un trabajo de gran altura académica y fruto de un trabajo largo y sereno. No en vano, la profesora de la Universidad de Deusto y autora de este texto, Julia Gómez Prieto, tiene una larga trayectoria en el estudio de lo soñado y acontecido por la Villa de Balmaseda (Bizkaia) en sus relaciones con el continente americano. Ya hace muchos años que esta doctora en Geografía e Historia nos sorprendió gratamente con sus primeros análisis de balmasedanos en Cuba o México, y que sirvieron de modelo para el autor de esta recesión, empeñado también, desde tiempo atrás, en investigar acerca de la presencia vasca y navarra en Iberoamérica, especialmente en el Cono Sur.

El libro que ahora presentamos, es el colofón de altura en esta dilatada trayectoria y que, para empezar, se lee con agilidad, pues la narrativa siempre ha sido cuidada con esmero por esta profesora. Nos introduce en las coordenadas históricas de la Villa de Balmaseda para enlazar con los pioneros en la salida hacia el Nuevo Mundo. Hay escala primacial para los hermanos Urrutia y para Pedro Terreros, dentro de un abanico más amplio de pasajeros a Indias. Nos sumerge en sus destinos después de pasar la travesía trasatlántica y da muchas pistas de ubicación a través de los bienes de difuntos. Pero, en nuestra opinión, el manuscrito goza de mayor altura cuando narra las fundaciones realizadas en el propio municipio de Balmaseda con rentas provenientes de América, como es el caso del convento de las clarisas, o las distintas capellanías y obras pías que allí realizaron. Sin olvidarnos del papel benefactor de Juan de la Puente y la creación del pósito de trigo, tan importante para repartir grano entre los campesinos menos favorecidos.

El espacio acotado para comerciantes y cargos de miembros del municipio de Balmaseda es el que a nosotros más nos interesa porque nos ayuda a entender

sobremanera cómo fue la contribución de los vascos, en este caso de los balmasedanos, al desarrollo socioeconómico de América. Aspecto este que resulta de verdadera significación para conocer la naturaleza del tránsito mercantil a ambos lados del océano Atlántico. Todo ello, además, enlaza con los negocios e industrias que los balmasedanos crearon en América. Este es el caso, por ejemplo, de Esteban de Antuñano, pionero en la configuración de la industria textil mexicana. Así, los comerciantes en la costa del Pacífico mexicano reciben capítulo propio donde la autora nos deleita con los progresos de las empresas de Pedro Cosca y Careaga en Guaymas, Sonora, o Martín Mendía y Conde en Mazatlán con el anexo de la casa comercial Hernández, Mendía y Cía. Las redes familiares y económicas tampoco se escapan a nuestra autora, como es el caso de los Martínez-Negrete en Guadalajara, o la que creó la firma Bermejillo y Cía., liderada por Pío y José María Bermejillo. Tampoco la isla de Cuba pasa desapercibida para la profesora Gómez Prieto, donde la presencia activa de balmasedanos fue muy notable.

Así que, los aspectos comerciales y mercantiles de los habitantes de esta Villa en América, tanto en la Edad Moderna como en la Contemporánea, tienen un tratamiento académico que nos parece reseñable y que, insistimos, es el aspecto de mayor interés para nosotros. Se cierra el libro con el regreso de los indianos emprendedores y su herencia material, como colofón y epíteto a toda una trayectoria migratoria local de éxito. Y que, engarzado en un contexto de mayor amplitud, nos ayuda a comprender mejor la grandeza del fenómeno diaspórico español hacia América.

**ALEXANDER SUNGUROV, CARLOS RAMÓN FERNÁNDEZ LIESA, MARÍA
DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, MARÍA CRUZ LLAMAZARES
CALZADILLA, OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Editors), Current Issues on
Human Rights, Madrid, Dykinson, 2019, 339 págs.**

Jesús Pérez Mora

Universidad Carlos III de Madrid

The 70th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) inspired the International Political Science Association (IPSA) and the Carlos III University of Madrid (UC3M) to organise a joint symposium on May 23rd and 24th 2019, in the university's Getafe Campus. In its six panels, scholars from twenty-three universities, based on four different continents, presented their contributions on the trajectory of the UDHR, the current state of human rights around the world, and the main challenges they face in different areas. Most of those contributions have been compiled, in short-chapter form, in the book "Current Issues on Human Rights", which I here review. As the book's editors highlight, both the symposium and its written counterpart arise from the commitment of both IPSA and UC3M with international human rights law. In the former's case, as the Chair of IPSA's Research Committee on Human Rights, Alexander Sungurov, points out, because the very birth of IPSA was tied to the UN's efforts to promote human rights on a global scale. In the latter's case, because the legacy of Gregorio Peces-Barba, founder of the institution, draftsman of the Spanish Constitution and renowned human rights theorist, continues to animate its academic and cultural mission. The book consists of twenty-four chapters, each for one symposium presentation. This is an overview of them all, in an order that mirrors the original symposium's panel structure.

The first group of contributions focus on the 70th anniversary of the UDHR. In his chapter, Jesús García Cívico discusses the UDHR's character as cultural milestone for humanity, based on precedents from different civilizations from Western Europe to Babylon. The author's historical analysis is linked, as well, to his perspectives on how science and human rights can work together in different perspectives and approaches. Christopher Lazarski's chapter also analyses human rights from a historical perspective. Lazarski evaluates each ancient civilization's role in promoting human rights as we

currently know them. His remarks lead him to identify some general trends, such as the West's standing as the only region where human rights have been part of a continuous process since antiquity, or the discrepancy between the theory and practice of human rights, that unites today's societies with ancient civilisations. On a different note, Jeffrey Davis provides a comparative study of the jurisprudence by the European Court of Human Rights (ECtHR) and the United States' Courts with reference to the universality of human rights. After scrutinising landmark judicial decisions, the author concludes that, based on different exceptions, U.S. Courts have effaced the universal character of human rights from the country's legal system. In the last chapter of this block, Alexander Sungurov presents some insights about the relation between research on human rights and the organisational efforts to promote them in practice, using the parallel evolution of IPSA's Research Committee for Human Rights and the UN as historical background. Relying on these trends, Sungurov's chapter emphasises the need for further support to interdisciplinary efforts on human rights studies.

The second group of contributions turns its attention to civil rights. In the first chapter of this block, Migle Laukyte discusses the relation between Artificial Intelligence (AI) and human rights after the European Commission published its Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence in 2019. The author begins by providing an overview of the document, and then elaborates on two specific issues in this area: AI's role in protecting human rights and new human rights strictly related to it. The three remaining contributions of this block take up freedom of expression. Jędrzej Skrzypczak reassesses its content in the UDHR from a contemporary perspective, especially regarding its restriction on the Internet. The global network also attracts the attention of Oscar Pérez de la Fuente. The author discusses how some of its specific traits – anonymity, global reach and issues about law enforcement – might condition regulations on hate speech. Despite its particularities as a space for the exchange of ideas and information, Pérez de la Fuente claims that our reasons to prefer education-based, rather than censorship-based, responses to hate speech also apply to the Internet. Andrés Gascón Cuenca culminates this triad on freedom of expression with a case study about the glorification of terrorist acts, as regulated by Spanish law. The author considers both Spanish legislation and jurisprudence at odds with the European case law in this area, which condones restrictions on freedom of expression only on qualified grounds.

Chapters in the third block deal with social rights. Marian Świątkowski addresses platform work in the European context. The author raises several questions about how technology might make this increasingly pervasive form of labour particularly elusive to workplace security regulations. From rights in the workplace we move to direct participation rights. In this regard, Reginaldo Da Motta Corrêa De Melo Junior and Herena Neves Maués Corrêa De Melo rely on Honneth's and Habermas's participation theories to develop a case study on budget public hearings in Northern Brazil. Tomasz Litwin presents another case study in the following chapter, now regarding marriage rights of same-sex couples under the rules of the UDHR and the Polish Constitution of 1997. After assessing constitutional provisions and jurisprudence, the author concludes that the Polish legal framework is, as of today, unable to accommodate an extension of marriage rights to same-sex couples, and so efforts in this regard should aim at constitutional reform. Pablo Sartorio's chapter examines human rights from the perspective of prisoners. With the United States' incarceration system as background, Sartorio defends the need for reforms towards a more compassionate treatment of convicts and ex-convicts. In the final chapter of this block, Herena Neves Maués Corrêa De Melo evaluates the effects of Constitutional Amendment 81/2014 for slavery in Brazil. The author recurs to critical analysis of speech to discern how the provision's wording rendered it virtually ineffective, as it allowed electoral considerations to undermine its very purpose.

The fourth group of chapters' common topic is political rights. Joana Rebelo Morais opens this block with a study on transitional justice and the limitation of political rights to members of the former regime's elite. The author discusses fundamental ideas for transitional justice, such as the difference between lustration and purge, and discusses how the exclusion of the former elites from the electoral process affected the parties' lists in Portugal's elections after the dictatorship. The three remaining chapters of this group address peoples' right to secession, drawing lessons from Catalonia's recent drive to independence. Carlos R. Fernández Liesa dissects critically the main ideological features of Catalan secessionism and defends a conception of Spain as culturally and nationally plural. In his recollection of recent events in Catalonia's secession drive, the author detects worrisome developments regarding freedom of expression and democracy. Fernández Liesa also explores secession rights in international law, a topic that the next two chapters, by Helena

Torroja Mateu and Víctor C. Pascual Pachuelo, pursue even further. Both present a picture of peoples' right to secession in international law as tightly connected with colonial rule or, in exceptional cases, with "remedial secession". This link, the authors argue, would make it inapplicable to the case of Catalonia, even considering that, as Torroja points out, the vague language of international provisions on secession rights could – incorrectly – lead to think otherwise. Pascual elaborates on the difficulties for a unilateral independence referendum in Catalonia, at odds with Spain's constitution. The author highlights how important recognition from third countries might be to render the positive result of an independence referendum effective. Pascual's insights in this regard seem particularly pertinent, considering Catalonia's inability to summon any international recognition after the unilateral independence referendum held in 2017.

The fifth block displays several contributions on cultural rights. Monique Falcão dedicates her chapter to group-specific property rights in Brazil. Her analysis of the quilombolas, an ethnic group strongly connected with land ownership, relies on critical theory to depart from colonial conceptions of property to post-colonial frameworks, which she considers better suited to capture some groups' relation with land as part of their common identity and heritage. The two chapters that follow address the newest project in human rights promotion within the UN framework: The Sustainable Development Goals (SDGs), also known as the UN's Agenda 2030. Tatiana Barandova addresses the Ombuds figure in Russia, and their role in implementing gender-specific SDGs. On a rather pessimistic note, the author expresses concerns about the prospect of the Ombuds being actively involved in this task. Such concerns arise from the institution's gender blindness and recent events in Russian politics that could lead us to anticipate a backlash in gender policy, rather than progress towards gender equality. Veronica Reda turns her attention to the SDGs' demands on energy, cities and action against climate change. Reda reminds the reader of the strong links between environment protection and human rights, given how climate change might disproportionately affect the most vulnerable. From a human rights perspective, the author suggests, this represents a powerful incentive to keep sustainable development in mind as a fundamental analytic tool.

The UN Global Compact for Migration joins the SDGs as the two main focal points of the last group of contributions. Patrizia Rinaldi's chapter draws attention to one particularly vulnerable group of migrants: minors. The author relies on reports by

governments and international NGOs, as well as evidence obtained through participant observation in a Caritas Refugee Centre, to expose the situation of migrant children as subjects of a multi-faceted legal framework and raise awareness about children's rights as human beings with a future, but also as the future of our societies. Alfredo Dos Santos Soares also brings to the fore a generally overlooked group of migrants: internally displaced persons (IDPs). Climate change's consequences for human rights emerge in this chapter, as a prominent factor – alongside armed conflicts – for internal displacement around the world. Dos Santos regrets that IDPs have not, so far, been awarded the protection they deserve from the international community, as they have usually been considered an internal issue for which each state should be responsible. The author considers this position at odds with the “Responsibility to Protect” principle, embraced in multiple international covenants, and supports awarding IDPs the same status as refugees to involve the international community in protective action that matches their vulnerability. Giuseppe Matteo Pezzullo's chapter invites us to look at migrations from a gender perspective. The author recovers Bobbio's idea of the specification of fundamental rights, which relates them to differences in human needs, and applies it to gender inequalities as a result of the pervasive presence of patriarchal structures around the world. Within this theoretical framework, Pezzullo favours specific provisions in the UN Global Compact for Migration to protect migrant women from gender-specific sources of vulnerability. In the final contribution of this block – and the book – Karen García Curiel discusses the effects of security concerns raised by the 9/11 terror attacks in migration laws. Reinforced by a public discourse that identifies migrants with threats to national security and economic welfare, the author claims that these laws have effectively become a kind of Enemy Criminal Law, given their preventive nature and their origin in the war on terror.

The variety of topics addressed in its contributions make “Current Issues on Human Rights” an essential compendium to understand future developments in its field. Its combination of theoretical reasoning with practical analysis turns it into a useful guide to draw lessons from, a beacon to find our way forward in the route towards a more attentive world to the demands of the Universal Declaration of Human Rights.

**BLANC ALTEMIR, A. (dir.), La Unión Europea, promotora del libre comercio.
Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales, Thomson-Reuters-
Aranzadi, 2020, 395 pp.**

Ana Manero Salvador

Universidad Carlos III de Madrid.

Esta obra colectiva, dirigida por el profesor Blanc Altemir, se centra una cuestión de indudable interés y actualidad, como es el papel de la Unión Europea como promotora del libre comercio. Este tema no es nuevo para el Dr. Blanc, que atesora una dilatada trayectoria en el análisis de los acuerdos comerciales de la Unión con terceros Estados, aunque sí hay que destacar que el enfoque es muy novedoso fundamentalmente por su multidisciplinar.

En este libro, encabezado por una introducción a cargo del director, en la que se contraponen la postura neoproteccionista de la administración Trump en Estados Unidos, a la promoción de la apertura comercial constante llevada a cabo por la Unión Europea, encontramos aportaciones realizadas desde el Derecho Internacional, pero también desde la organización de empresas y la Economía.

La obra se divide en dos partes claramente diferenciadas, pero profundamente imbricadas. En la primera de ellas, se analizan los principales acuerdos comerciales, al tiempo que, en la segunda, se examina su impacto. Los acuerdos objeto de análisis son los celebrados con Japón, Canadá, México, Colombia, Chile, Singapur y Vietnam y Mercosur. Estamos ante una muestra significativa de los acuerdos de libre comercio celebrados con terceros Estados y que representan los diferentes modelos que la Unión ha promovido. Así, se alude a acuerdos celebrados tanto con países desarrollados (Canadá y Japón), como con países en desarrollo (México, Chile), y con procesos de integración en su totalidad (Mercosur) o parcialmente (Colombia en relación con la CAN, y Singapur y Vietnam en relación con la ASEAN). Además, no se deja de lado la cuestión medioambiental y los desafíos que plantea para la regulación comercial, en especial en relación con el Acuerdo con Chile. Todos los capítulos se acompañan de anexos que sirven para entender el alcance de la relación comercial entre las partes.

Sin duda el enfoque que plantea de este libro es original, en la medida en que provee de una base teórica multidisciplinar sobre diferentes tratados, al tiempo que nos permite constatar de qué manera estos acuerdos influyen en el comercio entre las partes mediante el análisis del impacto. Por ello, no cabe sino felicitar al profesor Blanc Altemir y al resto de autores – Carmen Tirado Robles, Pilar Cos Sánchez, Antonio Colom Gorgues, Déborah Presta Novello, Gerardo Coppelli Ortiz, Eimys Ortiz Hernández, Daniel Guevara Cortés, Margarita Moltó Aribau, Natalia Aldaz Ibáñez, Blanca Escardíbul Ferrà y Rosa Florensa Guiu- por el excelente trabajo realizado a través de sus brillantes aportaciones.

**MORÁN BLANCO, Sagrario, Lucha contra el narcotráfico en América Latina-
Caribe: La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA), Tirant lo
Blanch, Valencia, 2021, 381 páginas**

Vicente Garrido Rebolledo

Universidad Rey Juan Carlos.

La lucha contra el narcotráfico ha sido, y sigue siendo, uno de los retos más importantes a los que se enfrentan no solo los países de América Latina y el Caribe, sino también, uno de los grandes desafíos a la seguridad global debido, principalmente, a las estrechas conexiones de ese fenómeno con la criminalidad organizada transnacional, en cualquiera de sus denominaciones. Y es que, efectivamente, como ha puesto de manifiesto la Comunidad de Policías de América (AMERIPOL, una gran red de cooperación policial contra el crimen organizado, fundada en 2007, de la que son miembros en la actualidad 30 cuerpos de policía latinoamericano-caribeños), el narcotráfico es una compleja red de actores no estatales (pandillas, mafias y actores armados al margen de la ley) con múltiples formas de interacción que les permite escapar del control de políticas de alcance puramente nacional. La economía de la droga conecta la producción, la comercialización y las finanzas en una compleja red que ignora las fronteras nacionales y está asociado a otros delitos, como el tráfico de armas no convencionales (pequeñas y ligeras), el contrabando de precursores químicos, el contrabando, la corrupción institucional o el lavado de dinero.

Es precisamente en América Latina y el Caribe en donde el tráfico de drogas constituye la principal manifestación de la criminalidad organizada. Esta región produce la totalidad de la cocaína (hoja de coca, pasta base de cocaína y clorhidrato de cocaína) que se consume a nivel mundial y posee una producción de marihuana que se extiende hacia otras regiones; además, en esta región se produce también de forma creciente amapola, elaborando opio y heroína. Como ha reconocido en varios de sus informes la CEPAL, los problemas asociados a la producción, el tráfico y consumo de drogas en América Latina afectan directamente a la calidad de vida de la población y están ligados a formas de exclusión social y debilidad institucional, generando mayor inseguridad y violencia, pero también corroyendo la gobernabilidad en algunos países. Por ello, no es

de extrañar que, en el contexto político internacional, el tema de las drogas y la lucha contra el narcotráfico haya ido adquiriendo un mayor peso y presencia progresiva y que por ello se demanden acuerdos intergubernamentales en esta materia que proporcionen una respuesta global e integrada a este fenómeno.

La Profesora Sagrario Morán Blanco (Catedrática de Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos) presenta en esta monografía un análisis exhaustivo acerca de la problemática descrita y, académicamente, de forma absolutamente rigurosa, convirtiéndola en una lectura imprescindible para comprender un fenómeno tan complejo como el del narcotráfico en la región de América Latina y el Caribe.

La extensa monografía (381 páginas) se divide en dos partes bien delimitadas: una primera, dedicada a la conceptualización del narcotráfico como expresión primordial del crimen organizado en la región, sus causas y conexiones con otros delitos y consecuencias; y una segunda parte, centrada en la respuesta, en la que la Profesora Morán analiza los diferentes marcos, estatal, interestatal, multilateral y hemisférico, este último, a través de la acción de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En la primera parte la Profesora Sagrario Morán comienza realizando una delimitación del concepto de crimen organizado y sus características más sobresalientes en el espacio latinoamericano-caribeño, así como los factores sustanciales que lo fomentan. Nos advierte la autora acerca de la dificultad a la hora de encontrar una definición precisa del concepto, ya que se trata de una “cuestión bastante compleja puesto que a la dificultad que entraña la labor de definir este fenómeno en el plano internacional habría que sumar, asimismo, que no existe una definición uniforme en los ordenamientos jurídicos internos” (p. 36). Además, esa tarea es aún más ardua en América Latina y el Caribe debido a la convivencia habitual de la delincuencia común y la organizada, aunque ello no exime a la autora de establecer una taxonomía de ambos conceptos en función de sus características, entre las que destaca, en primer lugar, el carácter transnacional del crimen organizado. Por ello, la Profesora Morán aconseja ya desde las primeras páginas de la monografía y debido a la importancia que tiene el crimen organizado en toda la región “destinar algunos esfuerzos políticos y normativos para categorizar este fenómeno y, sobre todo, para determinar con la mayor precisión posible aquellos comportamientos y actividades, entre los cuales se encuentra el narcotráfico, que deberían estar siempre contemplados dentro de esta figura delictiva”

(p. 43). Además, una serie de factores sustanciales y estructurales fomentan, de forma especial el narcotráfico en América Latina y el Caribe; entre los segundos, la autora destaca la pobreza, la desigualdad y el contexto socioeconómico o la debilidad de las instituciones estatales, dos realidades que se retroalimentan mutuamente porque “la fragilidad institucional favorece el desarrollo de la criminalidad organizada y ésta propende a la progresiva debilidad de los Estados” (p. 60).

Continúa esta primera parte con un análisis exhaustivo acerca de la evolución del narcotráfico en la región destacando sus aspectos más sobresalientes (pp. 62-101), y en los que se destaca la simbiosis existente entre los grupos delictivos organizados involucrados en el tráfico de drogas con otros actos delictivos, como el tráfico de migrantes y la trata de personas, el tráfico de armas y el contrabando de otros productos ilegales. Desde nuestro punto de vista, resulta muy útil la información y datos precisos aportados por la Profesora Morán acerca de la producción, las rutas de tránsito (destacando el caso de México en el acopio y distribución de narcóticos y el papel de los diferentes cárteles), el mercado de drogas y su consumo (con un crecimiento sustancial en la región en las últimas décadas, especialmente en Brasil, Chile y Argentina), el negocio lucrativo que representa el narcotráfico para productores, transportistas y distribuidores (lo que explica la dificultad para su erradicación) y las ramificaciones y actividades ilícitas del narcotráfico (a través, por ejemplo, del fenómeno de las maras).

Tiene también un gran interés el estudio acerca de las consecuencias del narcotráfico en el espacio latinoamericano-caribeño (pp. 102-117), en el que se incide de forma especial en los costes políticos, económicos, sociales y hasta medioambientales del problema para los Estados. Además, la autora presenta a la corrupción como una consecuencia habitual del narcotráfico (pp. 117-126). Y cierra esta primera parte unas acertadas reflexiones acerca de la relación existente entre la violencia e inseguridad ciudadana con el narcotráfico y la proliferación y actuación de las maras en Latinoamérica (pp. 126-167); el estudio, de nuevo muy exhaustivo, utiliza una gran cantidad de fuentes, proporcionando datos contundentes y muy preocupantes acerca de los homicidios, la violencia, el tráfico de drogas en la región y en cada uno de los Estados, especialmente en Brasil (donde se ha producido en los últimos años un incremento exponencial de la violencia), El Salvador, Guatemala y Honduras (para el caso del estudio de las maras o pandillas juveniles, como fenómeno singular de la

criminalidad, en las que niños y adolescentes son reclutados para la realización de diversas funciones). En nuestra opinión, el enfoque global y multidisciplinar de esta primera parte de la monografía (que ya de por sí habría tenido la suficiente extensión para cerrar un volumen con entidad propia) constituye todo un acierto y es lo que le otorga un carácter metodológico propio de la disciplina científica de las Relaciones Internacionales.

Una vez definido el problema y las derivadas del narcotráfico en América Latina y el Caribe, la segunda parte de la monografía se centra en las respuestas proporcionadas por los diferentes actores implicados, comenzando por el ámbito estatal (pp. 172-228), en el que se examinan las políticas nacionales de los Estados a la inseguridad, la violencia y el narcotráfico (medidas de control y represión que han primado y que, de hecho, todavía prevalecen en la región, entre ellas, “la progresiva militarización de las Fuerzas de Seguridad del Estado y la implicación del Ejército en materia de seguridad ciudadana; o el endurecimiento de la vía penal con la aplicación de nuevos tipos penales como, por ejemplo, la asociación ilícita o pertenencia a organización criminal”, p. 170). Los resultados de la aplicación de esas políticas (“de mano dura”), han resultado nefastos, en opinión de la autora.

En segundo lugar, la Profesora Morán se ocupa de la cooperación interestatal y multilateral (en tiempos, en los que precisamente, el multilateralismo, como sistema internacional fundado en principios, normas y valores compartidos, está siendo cuestionado, e incluso combatido) en materia de lucha contra el narcotráfico, absolutamente necesaria, puesto que es difícil poner fin a este fenómeno únicamente a través de políticas y medidas de carácter puramente nacional (pp. 213-260). Para abordar esa cuestión se aplican cuatro niveles de análisis: el interestatal entre los Estados latinoamericanos y otros extra regionales; la implantación de planes específicos para luchar contra el narcotráfico; la cooperación en el seno de los esquemas de integración latinoamericanos y la Comunidad Iberoamericana de Naciones; y, por último, la cooperación entre América Latina y otras regiones del mundo. La autora coincide con las conclusiones a las que llega la UNODC en su Informe Mundial sobre Drogas de 2019, al subrayar que “la necesidad de ampliar la cooperación internacional para promover respuestas equilibradas e integradas en materia de salud y justicia penal a

la oferta y la demanda de drogas” (p. 256), especialmente en la región de América Latina y el Caribe.

Finalmente, la autora se ocupa de la cooperación contra el narcotráfico en el ámbito hemisférico, no pudiendo faltar aquí el análisis de la labor fundamental desempeñada por la Organización de Estados Americanos (OEA), magistralmente “diseccionada” por la Profesora Morán a través de un estudio exhaustivo de las acciones y políticas adoptadas por la Organización y las principales manifestaciones del crimen organizado vinculadas al narcotráfico y que la autora divide en tres etapas (pp. 261-331): primera (1994-2005), segunda (2006-2015) y tercera (2016-2020). De nuevo aquí se evidencia el carácter metodológico propio de la disciplina de las Relaciones Internacionales cuando la autora aborda, dentro de la segunda etapa, el “cambio de paradigma en la lucha contra el narcotráfico, que comprende la despenalización del consumo personal y el cultivo del cannabis” (pp. 290-299), pero que en lo que se refiere a la despenalización del consumo de ciertas drogas, propuesta por algunos miembros de la OEA, “no ha generado, sin embargo, un amplio consenso a nivel regional”, pese a que “dicha opción ya ha sido adoptada por 12 países del hemisferio” y, por ello, debería “estar bajo consideración seria como opción para aquellos que no lo han hecho” (pp. 328-330).

No se olvida la autora de incluir en la monografía un apartado específico acerca de la labor de la OEA en la lucha contra algunas manifestaciones del crimen organizado vinculadas al narcotráfico, en las que incluye la trata de personas, el lavado de activos, el tráfico ilícito de armas y un asunto de tanta actualidad como la ciberdelincuencia (pp. 331-362). Ciertamente, como señala la Profesora Morán, “la globalización de la información y la aparición de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) ofrecen nuevas oportunidades a los traficantes de droga” (p. 353), especialmente en América Latina, “en dónde el acceso a las nuevas TIC ha favorecido también que proliferen el cibercrimen de forma significativa y que algunos países, como Brasil o México, más expuestos a este tipo de delito y al narcotráfico, carezcan de una preparación adecuada para hacer frente a los ciberataques, como lo señalan los últimos informes de Ciberseguridad” (p. 354).

En sus conclusiones, la Profesora Morán destaca, de forma sincera y realista que “habría que preservar el enfoque hemisférico del problema de las drogas prestando la

debida atención a las singularidades de cada uno de los países de la región y, también, a los diversos componentes que integran este problema” (p. 369), pero la erradicación del tráfico ilícito de drogas y el fin de los comportamientos delictivos que implica el narcotráfico en la región latinoamericana-caribeña “no es solo una cuestión de aplicación de medidas policiales o de activar mecanismos de carácter judicial, sino que supone, también, abordar problemas de fondo, económicos, políticos y culturales en el área de riesgo, que favorezcan el fin de la impunidad” (p. 374).

Por todo lo aquí indicado, se trata de una monografía rigurosa, que demuestra la madurez investigadora de la Profesora Sagrario Morán y que, sin huir de proporcionar algunos juicios de valor, adopta una posición imparcial y objetiva con respecto a los éxitos y fracasos hasta ahora conseguidos en la lucha contra el narcotráfico en América Latina y el Caribe. Se trata pues, de una lectura imprescindible, tanto para aquellas personas que se acerquen por vez primera a la problemática del narcotráfico y sus consecuencias para la región latinoamericana-caribeña, como para los académicos y especialistas que deseen profundizar en el conocimiento de este asunto mediante un análisis sólido y plagado de detalles, que combina magistralmente los aspectos conceptuales del problema con la práctica estatal e internacional y sus consecuencias políticas, jurídicas y socio-económicas.

V. CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

V. CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA IBEROAMERICANA

Harold Bertot Triana

Doctorando del Programa de Ciencias Sociales y Jurídicas

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Índice

1. Introducción.
2. *Un caso pionero sobre violencia sexual contra una niña en el ámbito educativo; la confluencia de la edad y la condición de mujer, factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, en confluencia interseccional en actos de acoso y abuso sexual como actos de violencia y discriminación; violencia y discriminación en el marco de una situación estructural; y la necesidad de erradicar estereotipos de género en el entorno educativo. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.*
3. *El “deber de fiscalizar” en la atribución de responsabilidad al Estado; derivación del artículo 26 de la Convención Americana del derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo; “grupo discriminado o marginado” por una “situación de pobreza estructural”; y discriminación estructural e interseccional. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.*
4. *La libertad de expresión de los jueces y juezas y sus restricciones; “adecuado y oportuno control de convencionalidad”; y violación de la garantía de imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.*

1. Introducción

“En el marco del respeto a los #DDHH y del sistema interamericano, Ecuador ejecutará la sentencia dictada por la @CorteIDH en el caso de Paola Guzmán. Nuestra lucha para erradicar la violencia sexual en el sector educativo, se mantiene firme desde el primer día de mi Gobierno.”¹ Estas fueron las palabras del presidente ecuatoriano Lenín Moreno al conocer la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020*, en la que por primera vez la Corte tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la violencia sexual en el ámbito educativo. La referencia del presidente a una “lucha para erradicar la violencia sexual en el sector educativo”, no era una expresión en balde. Según la organización *Human Rights Watch*:

“La violencia sexual y de género es un problema endémico, y de larga data, en el sistema educativo ecuatoriano, desde preescolar hasta el bachillerato. Durante décadas, Ecuador ha incumplido su deber de proteger a centenares de niños, niñas y adolescentes, socavando su derecho a la educación, a la protección contra la violencia, la integridad de sus derechos sexuales y reproductivos y su derecho a la reparación. Entre 2014 y mayo de 2020, el Ministerio de Educación de Ecuador registró 3.607 denuncias de violencia sexual en las instituciones educativas. Algunas de estas denuncias afectaban a más de un estudiante: 4.221 niños, niñas y adolescentes sufrieron violencia sexual por parte de docentes, personal escolar, conserjes, conductores de transporte escolar y compañeros de estudios. Dados los niveles generalmente bajos de denuncias de violencia de género y violencia sexual en el entorno escolar en Ecuador, es probable que esos casos representen apenas una porción de los casos reales de violencia sexual en las instituciones educativas en todo el país.”²

En cumplimiento de una de las medidas de reparación ordenadas por la Corte en el *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*, se instituyó en Ecuador el 14 de

¹ Tuit del 15 de agosto de 2020 de Lenín Moreno. @Lenin

² “«Es una lucha constante», La violencia sexual en instituciones educativas y los esfuerzos de jóvenes sobrevivientes por obtener justicia en Ecuador”, *Human Rights Watch*, Diciembre 9, 2020. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2020/12/09/es-una-lucha-constante/la-violencia-sexual-en-instituciones-educativas-y-los>

agosto de cada año como el Día de lucha contra la violencia sexual en las aulas. Sin embargo, algunos datos ubican también este problema en buena parte de la región latinoamericana. Es un drama que convive hoy con la impunidad y con mecanismo deficientes en muchos entornos nacionales para dar solución. Para Petita Albarracín, madre de Paola Guzmán Albarracín -quien fue agredida sexualmente en su colegio público durante un largo tiempo, y que acabó en el suicidio-, la Corte Interamericana se convirtió en la esperanza para alcanzar justicia después de un largo período de búsqueda en el Ecuador. Precisamente en el caso que reseñaremos hoy se manifestaron dos razones de preocupaciones en ese sentido: en primer lugar, el tiempo demasiado largo que medió para su sometimiento ante la Corte, por lo que ésta tomó “nota, con preocupación, que entre la presentación de la solicitud inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte han transcurrido más de doce años”³; y el alcance del reconocimiento de la responsabilidad del Estado de Ecuador en este caso, a juicio de la Corte, resultaba “contradictorio”, en tanto “en la audiencia pública se refirió a violaciones a derechos” y “en sus alegatos finales escritos afirmó que solo reconoció «hechos»”⁴.

Con anterioridad, la Corte había tenido que conocer varios casos de violencia contra la mujer y contra las niñas. La propia Corte hizo notar algunos de estos⁵ -que tomamos de ahí- relacionados con violencia contra la mujer, como el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* de 25 de noviembre de 2006 y el *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México* de 28 de noviembre de 2018; de violencia a niños y niñas en privación de libertad como lo fue el *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay* de 2 de septiembre de 2004 y el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina* de 14 de mayo de 2013; violencia a niños y niñas en conflictos armados en el *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala* de 24 de noviembre de 2009 y en el *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia* de 31 de agosto de 2017; de violencia contra niños y niñas en operativos de fuerzas de seguridad en el emblemático *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* de 19 de noviembre 1999 y en el *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras* de 21 de septiembre de 2006; así como violencia contra niños y niñas en contexto de movilidad humana, como en el

³ Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr.5.

⁴ Ibidem., párr. 20.

⁵ Ibidem., párr.106.

Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia de 25 de noviembre de 2013 y en el *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* de 28 de agosto de 2014.

En esta oportunidad, en la que la Corte conoció por primera vez de la violencia sexual a una niña en el ámbito educativo, sentó algunos estándares jurisprudenciales en este sentido⁶: la obligación de los Estados de “adoptar acciones adecuadas para prevenir violaciones a los derechos humanos en el curso del proceso educativo de niñas y niños”, en los que se “tengan en consideración la gravedad y las especificidades que presentan la violencia de género, la violencia sexual y la violencia contra la mujer, todas las cuales son una forma de discriminación”; el derecho de las niñas y niñas a un “entorno educativo seguro y a una educación libre de violencia sexual”; el deber de los Estados de “«adoptar las medidas necesarias para prevenir y prohibir toda forma de violencia y abuso, incluidos los abusos sexuales, [...] en las escuelas por el personal docente», que goza, por su condición de tal, de una situación de autoridad y confianza respecto de estudiantes e incluso de sus familiares”, así como tomarse en cuenta “la particular vulnerabilidad de las niñas y adolescentes, considerando que ellas «con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de [...] hombres mayores»; el deber de los Estados de “establecer acciones para vigilar o monitorear la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y desarrollar políticas para su prevención”, así como la existencia de “mecanismos simples, accesibles y seguros para que los hechos puedan ser denunciados, investigados y sancionados”; entre otros.

A juicio de algunas expertas, “frente a los actos de acoso y abuso sexual en entornos educativos, la Corte IDH por vez primera, con base en un enfoque de género y de niñez, brindó contenido a los conceptos de acoso y abuso sexual en el ámbito escolar”⁷. En este punto la Corte hubo de sostener que “la vinculación sexual fue obtenida por el aprovechamiento de la relación de poder y confianza. Ello se advierte, en forma concreta, dados los señalamientos de que los actos con implicancias sexuales que el Vicerrector desarrolló con Paola comenzaron como condición para que él la ayudara a pasar el año escolar. En este marco, estereotipos de géneros perjudiciales,

⁶ *Ibidem.*, párrs. 118-120.

⁷ MARTÍNEZ CORAL, C.; CECILIA MARTÍNEZ, C., y MARTÍNEZ, L., “Paola Guzmán Albarracín vs. Ecuador: Primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia sexual en instituciones educativas”, *Justicia en las Américas*, octubre 22, 2020. Disponible en: https://dplfblog.com/2020/10/22/paola-guzman-albarracin-vs-ecuador/#_edn12

tendientes a culpabilizar a la víctima, facilitaron el ejercicio del poder y el aprovechamiento de la relación de confianza, para naturalizar actos que resultaron indebidos y contrarios a los derechos de la adolescente.”⁸

Es dable destacar también de la sentencia, cuando la Corte hace suyo lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño, en su *Observación General 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, al indicar que los “Estados deben invertir en medidas proactivas que promuevan el empoderamiento de las niñas e impugnen las normas y los estereotipos patriarcales y otras normas y estereotipos de género perjudiciales, así como en reformas jurídicas, para hacer frente a la discriminación directa e indirecta contra las niñas”.⁹ En igual sentido, de mucho peso representaba que la Corte entendiera que “los actos de acoso y abuso sexual cometidos contra Paola no solo constituyeron, en sí mismos, actos de violencia y discriminación en que confluyeron, de modo interseccional, distintos factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, como la edad y la condición de mujer”, sino que “(e)sos actos de violencia y discriminación se enmarcaron, además, en una situación estructural, en la que pese a ser la violencia sexual en el ámbito educativo un problema existente y conocido, el Estado no había adoptado medidas efectivas para revertirlo”¹⁰.

No obstante, para algunas expertas que participaron en este caso, la sentencia “determinó que el embarazo de Paola no se encontraba probado, considerando que la prueba presentada por las colitigantes sobre el mismo era insuficiente”, pese a considerar estas autoras que “a lo largo del proceso interamericano se presentó evidencia del embarazo de Paola que había sido producto de la violencia sexual”; en este sentido señalaron que: 1) “la autopsia que negaba el embarazo había sido controvertida por un peritaje del doctor Mario Nájera que determinaba que dicha autopsia estuvo cargada de vicios y dictámenes oficiales contradictorios”; 2) así como “quedaban incontrovertidos los testimonios de las compañeras de colegio de Paola, que afirmaron que ella les había comunicado que estaba embarazada y que inclusive les había mostrado el resultado positivo de una prueba de embarazo”, cuyos “testimonios fueron brindados por ellas siendo aún adolescentes en el proceso interno y nunca fueron

⁸ Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr.131.

⁹ Ibidem., párr. 142.

¹⁰ Ibidem., párr.142.

valorados”¹¹. Por tal razón, alegan, “los testimonios de las compañeras de Paola, todas niñas adolescentes, fueron desechados, sin considerar que ellas tenían derecho a ser escuchadas y a ser tomadas en serio por la información que ofrecían”, por lo que “(n)o haber valorado su testimonio, va en contravía del interés superior del niño según la Convención sobre los Derechos del Niño”¹². Estas razones, fueron las que imposibilitaron, al decir de estas expertas, que la Corte tuviera oportunidad “de examinar la violación a los derechos a la autonomía, privacidad, salud, educación y acceso a la información ocasionadas por la injerencia arbitraria que ejerció el Vicerrector sobre Paola al obligarla a someterse a un aborto, decisión que ella debió de haber tomado directamente en función de sus capacidades evolutivas y siendo dotada de todas las herramientas de información para brindar su consentimiento informado.”¹³

El *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil, con sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 15 de julio de 2020*, fue uno de los grandes pronunciamientos de la Corte durante el año anterior. En esta sentencia, que al decir de algunos fue “bastante esperada por las víctimas del caso y por la sociedad civil brasileña en búsqueda de justicia”¹⁴, se abordaron temas de enorme importancia en relación con la muerte de 60 personas, y las heridas a otras 6, por la explosión de una fábrica de fuegos artificiales, y cuyas víctimas fueron mujeres, niñas y niños. Entre los aspectos abordados por la sentencia se encontraba la responsabilidad del Estado por actos de privados, basado en un “deber de

¹¹ MARTÍNEZ CORAL, C.; CECILIA MARTÍNEZ, C., y MARTÍNEZ, L., “Paola Guzmán Albarracín vs. Ecuador: Primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia sexual en instituciones educativas”, *Ob.cit.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ GIRARDI FACHIN, M; PADOVAM FERREIRA, G., “Cuatro aspectos – y una ausencia – en la sentencia Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil”, *Justicia en las Américas*, noviembre 5, 2020. Disponible en: <https://dplfblog.com/2020/11/05/cuatro-aspectos-y-una-ausencia-en-sentencia-empleados-de-la-fabrica-de-fuegos-de-santo-antonio-de-jesus-vs-brasil/>

fiscalización”, respecto a los derechos a la vida e integridad personal y al derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo. En este orden, el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en su voto razonado, expresó que si bien la Corte ya se había pronunciado sobre “discriminación estructural”, “discriminación interseccional”, “discriminación por la posición económica”, así como el controvertido tema de la derivación de los derechos sociales del artículo 26 de la Convención, sí era “la primera oportunidad en que la Corte IDH analiza la forma en que la confluencia de diversos factores presentes en las víctimas en condición de pobreza las sometió a una situación de discriminación estructural frente al disfrute de condiciones específicas del derecho al trabajo”¹⁵.

Un aspecto de notable desarrollo en esta sentencia lo constituyó el análisis del caso a partir de la “discriminación estructural interseccional”. En palabras del propio Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, si bien en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, “el análisis de la discriminación estructural se centro únicamente en la posición económica de las 85 víctimas”, en el presente caso se agrega el enfoque interseccional donde “al igual que la posición económica, coexisten en algunas de las víctimas otras formas de discriminación que también están asociadas a factores estructurales —como lo son el género o la raza-.”¹⁶ En este punto, agrega el juez:

“Podríamos entender, entonces, que la sentencia abona al entendimiento de la «discriminación estructural interseccional» en casos particulares. Finalmente, existe un conjunto de víctimas que, en adición a los factores estructurales interseccionales, se adicionan la edad (en el caso de las niñas) o el estado de embarazo de las mujeres. También, algo que no se explicita pero que es dable entender de lo analizado por la Corte IDH, es que, si bien el enfoque interseccional ha sido acuñado desde el enfoque de género (desde desventajas que sufren algunos grupos de mujeres), el caso nos muestra que las niñas y niños, pobres y afrodescendientes también pueden ser víctimas de discriminación interseccional. Ante esta forma de discriminación, es necesario que las acciones para erradicar estas situaciones de exclusión o marginación adopten un

¹⁵ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr.3.

¹⁶ *Ibidem*, párrs.67-68.

«enfoque diferencial» para que en el diseño de las medidas se tomen en cuenta posibles particulares que puedan impactar en diferentes subgrupos de personas destinatarias de esas medidas.”¹⁷

Por supuesto que uno de los temas donde se plasmó las divergencias fue sobre la interpretación del artículo 26 de la Convención, en relación con la derivación de derechos sociales. En este caso, se oponen a esta posibilidad los jueces Eduardo Vío Grosi¹⁸ y Humberto Sierra Porto¹⁹, además de la visión del juez Pérez Manrique que sostuvo su filiación a “la tesis de la indivisibilidad-simultaneidad”, y que en su criterio “se basa en la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre los derechos humanos, para sostener la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones individuales de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”²⁰.

Para el debate de esta sentencia también quedará el alcance otorgado al artículo 24 de la convención. En el párrafo 199 se la sentencia se lee:

“Por otra parte, la Corte encuentra que del artículo 24 de la Convención se desprende un mandato orientado a garantizar la igualdad material, lo que no sucedió en el presente caso. En ese sentido, el derecho a la igualdad garantizado por el artículo 24 convencional tiene dos dimensiones, la primera una dimensión formal, que establece la igualdad ante la ley. La segunda, una dimensión material o sustancial, que ordena la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados o marginados en razón de los factores a los que hace referencia el artículo 1.1 de la Convención Americana. Lo anterior quiere decir que el derecho a la igualdad implica la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, esto es, corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la

¹⁷ Ibidem., párr. 68.

¹⁸ Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vío Grosi, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

¹⁹ Voto Parcialmente Disidente del Juez Humberto Sierra Porto, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

²⁰ Voto Concurrente del Juez Ricardo C. Pérez Manrique, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 8.

participación de los grupos históricamente marginados, garantizar a las personas o grupos en desventaja el goce efectivo de sus derechos, en suma, brindar a las personas posibilidades concretas de ver realizada, en sus propios casos, la igualdad material. Para ello, los Estados deben enfrentar activamente situaciones de exclusión y marginación.”

En opinión del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, “en la medida en que exista un contexto de discriminación estructural, la expresión «sin discriminación» en el artículo 24 se debe leer en consonancia con el mismo enunciado contenido en el artículo 1.1”²¹, por lo que “el mandato desde el artículo 24 de la Convención no solo abarca *abstenerse* de a) emitir normas que creen un trato arbitrario, o b) que apliquen las normas ya existentes de forma arbitraria (obligaciones de respeto), sino que también implica que el Estado debe adoptar normas para superar las situaciones de desigualdad, o en su defecto eliminar las normas o prácticas que perpetúen esa desigualdad (obligaciones positivas) y, en la medida que no se realice esto con la normativa interna, no se estaría ante «la igual protección de la ley».²² En relación con esta resolución, el Juez Vio Grossi disintió al considerar que el Resolutivo No.6 “omite toda referencia a la ley que viola el derecho a la igualdad ante ella y a la igual protección de ella, previsto en el artículo 24 y por la otra, a que se sustenta únicamente en una situación estructural de pobreza o de discriminación por raza o género para declarar su violación, lo que puede ser de utilidad para determinar el contexto en que ésta se da, pero que es insuficiente para ser la única consideración a tener en cuenta sobre el particular.”²³ En relación con ello, en el párrafo 203 de la sentencia se lee:

“En suma, la Corte encuentra que la situación de pobreza de las presuntas víctimas, aunada a los factores interseccionales de discriminación ya mencionados, que agravaban la condición de vulnerabilidad, (i) facilitó la instalación y funcionamiento de una fábrica dedicada a una actividad especialmente peligrosa, sin fiscalización ni de la actividad peligrosa, ni de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo por parte del Estado; y (ii) llevó a las presuntas víctimas a aceptar un trabajo que ponía en riesgo su vida e integridad y la de sus hijas e hijos menores de edad. Además, (iii) el Estado no adoptó medidas dirigidas a garantizar la igualdad material en el derecho al trabajo respecto de un grupo de mujeres en situación de marginación y discriminación. Esta

²¹ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Ob.cit.*, párr. 109.

²² *Ibidem.*, párr. 111.

²³ Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vío Grosi, *Ob.cit.*, párr. 115.

situación implica que, en el presente caso, no se garantizó el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias sin discriminación, así como el derecho a la igualdad previstos en los artículos 24 y 26, en relación con el artículo 1.1 de la Convención.”

Otro de los aspectos para el debate, se encuentra en relación con lo que algunos consideran “(e)l silencio con relación a los artículos 6 (prohibición de la esclavitud, trabajo forzoso y servidumbre) y 7 (libertad personal)”, que “no son debatidos ni siquiera en los votos razonados”²⁴. En el criterio de estos autores:

“Dado que el caso contempla el trabajo infantil, resalta la ausencia de condenación por el art. 6. Por un lado, ello abre espacio a que se entienda que la Corte no estableció el trabajo infantil como esclavitud o servidumbre, y, por otro, a que el debate hubiera sido rico y, quizás, necesario. La existencia de trabajo infantil puede tener un vínculo cercano con la esclavitud contemporánea. Por más que no sean sinónimos – guardan relación de género y especie, pues la esclavitud es una de las llamadas «peores formas de trabajo infantil», según el Convenio n° 182 de la OIT – las fronteras entre trabajo infantil y esclavitud pueden ser tenues. Hubiera sido interesante un debate sobre el cumplimiento o no de los atributos del derecho de propiedad (necesarios para calificar un conducta como esclavitud y mencionados por la Corte IDH en *Fazenda Brasil Verde* y en *Lopez Soto*). Esta precisión técnica es importante para futuras defensas de derechos en los ámbitos interno e internacional.”²⁵

El tercer caso que reseñamos en esta crónica es el *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile con sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* de 27 de agosto de 2020. Se refiere a la libertad de expresión y el alcance de sus restricciones, cuando se trata de jueces, que para el caso en cuestión lo fue el Sr. Urrutia

²⁴ GIRARDI FACHIN, M; PADOVAM FERREIRA, G., “Cuatro aspectos – y una ausencia – en la sentencia Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil”, *Ob.cit.*

²⁵ *Ibidem.*

Laubreaux, Juez de Garantía de Coquimbo, en Chile, sancionado por la Corte de Apelaciones de La Serena con una medida disciplinaria de “censura por escrito”, en aplicación de los numerales 1 y 4 del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales, por críticas vertidas en un trabajo académico por la actuación de esta institución en relación a los derechos humanos durante la dictadura chilena. En un momento anterior, en el caso *Caso López Lone y otros Vs. Honduras con sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas* de 5 de octubre de 2015, la Corte había expresado que si bien el derecho a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión está garantizada en la Convención para toda persona, con independencia de cualquier otra consideración, sin que quepa restringirla a una determinada profesión o grupo de personas, consideró que del mismo modo que “tales derechos no son absolutos, por lo que pueden ser objeto de restricciones compatibles con la Convención”, y en el caso de los jueces y juezas, por sus funciones en la administración de justicia en un Estado de Derecho, “pueden estar sujetos a restricciones distintas y en sentidos que no afectarían a otras personas, incluyendo a otros funcionarios públicos”²⁶. El caso que nos ocupa, reafirma de aquel asunto, tomando como base lo expresado por los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, que “(e)l objetivo general de garantizar la independencia e imparcialidad es, en principio, un fin legítimo para restringir ciertos derechos de los jueces”²⁷, de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención.

En relación con el derecho a las garantías judiciales la Corte reiteró que “las garantías procesales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana hacen parte del elenco de garantías mínimas que debieron ser respetadas para adoptar una decisión que no fuera arbitraria y resultara ajustada al debido proceso”²⁸. Del mismo modo, la Corte relaciona, como en casos anteriores, las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva con los estándares sobre independencia judicial cuando se

²⁶ Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 169.

²⁷ Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr.84; Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr.171.

²⁸ Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 103.

trata jueces. Esta es una jurisprudencia asentada por la Corte Interamericana, como dan cuenta los *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, con sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 5 de agosto de 2008, donde se expresa que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces”, y este “ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico”.

“El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.”²⁹

Por su parte, en el *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela* con sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de junio de 2009, la Corte había afirmado que “los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como «esencial para el ejercicio de la función judicial».”³⁰ En tal sentido se expresó que:

“El Tribunal ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico.”³¹

²⁹ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

³⁰ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67

³¹ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67

En el presente caso, los presupuestos de la independencia del Poder Judicial y sobre el respeto del debido proceso en los procedimientos que determinan la responsabilidad disciplinaria de los jueces, se refuerzan con indicación expresa, *inter alia*, del Estatuto del Juez Iberoamericano.³² En otro tanto, la Corte Interamericana constata la decisión de la Corte Suprema de Chile, que reparó parcialmente la violación al derecho a la libertad de expresión del Sr. Urrutia, como un “adecuado y oportuno control de convencionalidad”, donde la Corte Suprema “tomó en debida consideración los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 13 de la Convención para así garantizar adecuadamente la libertad de expresión del Juez Urrutia Laubreaux”.³³

2. *Un caso pionero sobre violencia sexual contra una niña en el ámbito educativo; la confluencia de la edad y la condición de mujer, factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, en confluencia interseccional en actos de acoso y abuso sexual como actos de violencia y discriminación; violencia y discriminación en el marco de una situación estructural; y la necesidad de erradicar estereotipos de género en el entorno educativo. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.*

El presente caso tiene como componente fáctico “la violencia sexual cometida contra Paola del Rosario Guzmán Albarracín, entre sus 14 y 16 años de edad, por parte de personal de la institución educativa estatal a la que asistía, el colegio secundario Martínez Serrano, en particular, por parte del Vicerrector de dicha institución. Incluyen también el posterior suicidio de la adolescente, cometido dos días después de cumplir 16 años de edad, y los procesos judiciales y administrativos iniciados con posterioridad a su muerte, que ocurrió en Guayaquil el 13 de diciembre de 2002.”³⁴ En relación con las cuestiones de fondo, la Corte examinó “en primer término, las violaciones a derechos humanos argüidas en relación con la violencia sexual en

³² Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile, *Ob.cit.*, párrs. 107 y 110.

³³ *Ibidem.*, párr. 94.

³⁴ Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador, *Ob.cit.*, párr.41.

perjuicio de Paola Guzmán, que habrían afectado su derecho como mujer y niña a vivir una vida libre de violencia sexual en el ámbito educativo, incluyendo el examen de los distintos derechos, en el caso, relacionados con ello”. De igual modo analizó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial respecto a actuaciones judiciales y administrativas vinculadas a las circunstancias referidas”, así como “los alegatos respecto a la violación al derecho a la integridad personal en perjuicio de la madre y la hermana de Paola Guzmán Albarracín.”³⁵

Al tratarse de la violencia sexual contra una niña específicamente en el ámbito educativo, era el primer caso que conocía en este sentido, a los que se suman los casos ya conocidos “relacionados con actos de violencia contra la mujer, como así también respecto de niñas o niños en distintas situaciones, tales como privación de libertad, conflictos armados, operativos de fuerzas de seguridad o en el contexto de la movilidad humana. Ha tenido oportunidad, asimismo, de conocer casos de violencia sexual contra niñas”.³⁶ La Corte advierte también “una serie de circunstancias vinculadas entre sí”, en tanto “(d)istintas violaciones a derechos humanos aducidas se relacionan, de modo tal que, al menos en parte, cada una se generó a partir de otras o es resultado de las mismas. Es decir, existe una estrecha relación entre diversos derechos humanos implicados en actos de violencia sexual y las obligaciones correlativas al derecho de una mujer a una vida libre de violencia y aquellas relacionadas a la protección de niñas y niños y el derecho a la educación.”³⁷

En el análisis sobre los “derechos a la integridad personal y a la vida privada, receptados en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana”, que “conlleven libertades, entre las que se encuentra la libertad sexual y el control del propio cuerpo, que pueden ser ejercidas por personas adolescentes en la medida en que desarrollan la capacidad y madurez para hacerlo”³⁸, la Corte se auxilia, *inter alia*, de la Convención de Convención de Belém do Pará, de la Convención sobre los Derechos del Niño, para dejar sentado que:

“(…) los deberes de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y de adoptar medidas de protección respecto de niñas y niños, así como el derecho a la

³⁵ Ibidem., párr. 85.

³⁶ Ibidem., párr. 106.

³⁷ Ibidem., párr. 107.

³⁸ Ibidem., párr. 109.

educación, conllevan la obligación de proteger a las niñas y adolescentes contra la violencia sexual en el ámbito escolar. También, por supuesto, de no ejercer esa violencia en dicho ámbito. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que las personas adolescentes, y las niñas en particular, suelen tener más probabilidades de sufrir actos de violencia, coacción y discriminación. Los Estados deben establecer acciones para vigilar o monitorear la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y desarrollar políticas para su prevención. Deben existir, también, mecanismos simples, accesibles y seguros para que los hechos puedan ser denunciados, investigados y sancionados.”³⁹

En el análisis de los hechos concretos del caso, sobre la base de los presupuestos fijados, y en los que se partía de que “Paola del Rosario Guzmán Albarracín, durante más de un año, entre sus 14 y 16 años de edad, mantuvo una relación sexual con el Vicerrector de su colegio”, la Corte a los “efectos de evaluar los aspectos que, en el caso, permiten concluir que la vinculación referida implicó el sometimiento de Paola a actos reiterados y continuados de violencia sexual”, precisó “dejar sentados cuatro aspectos relevantes que coadyuvan a la caracterización de los hechos.”⁴⁰ En este sentido: 1) que “de conformidad con el derecho internacional, conforme a la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre los Derechos del Niño, corresponde entender como violencia sexual contra la mujer o la niña no solo actos de naturaleza sexual que se ejerzan por medio de la violencia física, sino también otros de esa naturaleza que, cometándose por otros medios, resulten igualmente lesivos de los derechos de la mujer o la niña o le causen daño o sufrimiento”⁴¹; 2) “la existencia de prueba sobre actos de cópula vaginal en el caso. Al respecto, la Corte entiende, considerando pautas sobre apreciación de la prueba expresadas en su jurisprudencia, que por el tipo de hecho de que se trata, no cabe esperar pruebas documentales o testimonios directos”⁴²; 3) “la tipificación de la propia normativa interna, estaba contemplada como delito la conducta de una persona adulta que perpetrara actos de naturaleza sexual con una persona menor de 18 años de edad, como era el caso de Paola”; 4) “en las circunstancias del caso (...) se produjo el abuso de una relación de poder y confianza, por haber sido la violencia cometida por una persona en una posición en la que tenía un

³⁹ Ibidem., párr. 120.

⁴⁰ Ibidem., párr. 123.

⁴¹ Ibidem., párr. 124.

⁴² Ibidem., párr. 125.

deber de cuidado dentro del ámbito escolar, en el marco de una situación de vulnerabilidad, lo que permitió la consumación de actos de violencia sexual”⁴³.

Después de analizar aspectos relacionados con el “aprovechamiento de una relación de poder y la situación de vulnerabilidad”, el “carácter discriminatorio de la violencia sufrida”, pudo concluir respecto a la violencia sexual que:

“(…) Paola del Rosario Guzmán Albarracín fue sometida, por un período superior a un año, a una situación que incluyó acoso, abuso y acceso carnal por el Vicerrector de su colegio, lo que conllevó el ejercicio de graves actos de violencia sexual contra ella en el ámbito institucional educativo. Lo anterior tuvo lugar mediante el aprovechamiento de una relación de poder por parte del funcionario estatal y de una situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, y lesionó el derecho de Paola, como mujer adolescente, a vivir una vida libre de violencia y su derecho a la educación. Esa violencia, que no resultó aislada sino inserta en una situación estructural, resultó discriminatoria en forma interseccional, viéndose la adolescente afectada por su género y edad. Resultó, asimismo, tolerada por autoridades estatales. Además, el Estado no había adoptado medidas adecuadas para abordar actos de violencia sexual en el ámbito educativo y no proveyó educación sobre derechos sexuales y reproductivos a la adolescente, lo que potenció su situación de vulnerabilidad.

Lo dicho refiere, por una parte, a una lesión directa a los derechos de Paola por la violencia sexual ejercida contra ella. Por otra parte, también alude a la tolerancia de dicha violencia por autoridades del Estado. Mediante ambas conductas se infringió el deber de respetar los derechos de Paola. Aunado a ello, el Estado incumplió su deber de garantizar tales derechos, por la falta de adopción de medidas, reconocida en parte por el Estado, para la prevención y tratamiento de actos de violencia sexual.”⁴⁴

En este sentido, la Corte pudo determinar la responsabilidad del Estado por la violación al derecho a la vida de Paola del Rosario Guzmán Albarracín sobre un grupo de presupuestos, *inter alia*: 1) “no son admisibles enfoques restrictivos del derecho a la vida, dado su carácter fundamental y necesario para el ejercicio de los demás derechos humanos. Teniendo esto en cuenta, en diversas oportunidades este Tribunal ha señalado que el derecho a la vida abarca el derecho a una vida digna; es decir, no solo

⁴³ Ibidem., párr. 127.

⁴⁴ Ibidem., párrs. 143-144.

«comprende el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna»; 2) “(1)a violencia contra niños o niñas tiene múltiples consecuencias, entre ellas, «consecuencias psicológicas y emocionales (como sensaciones de rechazo y abandono, trastornos afectivos, trauma, temores, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima)», que pueden derivar incluso en suicidio o intentos de cometerlo”; 3) “el Estado no solo no adoptó acciones para proteger a Paola, sino que directamente irrespetó sus derechos, no solo por los actos directos de violencia sexual, sino también por la tolerancia al respecto por parte de la institución educativa a la que asistía”; 4) “luego de que las autoridades estatales escolares tomaron conocimiento del riesgo concreto a la vida de Paola, por la ingesta de veneno, la conducta del Estado no fue diligente para procurar salvar su vida”, en la que si bien “no puede asimilarse el «deber de cuidado» exigido a un colegio en materia de salud al que el que es posible esperar en una institución hospitalaria (...) las autoridades del colegio no trasladaron en forma inmediata a Paola a una institución que pudiera darle atención, omitiendo cumplir el deber de auxiliar a una persona sobre la cual tenían obligación de garantizar sus derechos”, entre otros.⁴⁵

Por tal razón, la Corte concluyó que la “violencia sexual ejercida contra Paola del Rosario Guzmán Albarracín, siendo ella una niña, afectó su derecho a una vida libre de violencia, resultó discriminatoria y menoscabó su posibilidad de decidir en forma autónoma su relacionamiento con otras personas y el ejercicio de su sexualidad”. En tal sentido consideró que se “(v)ulneró también su derecho a la educación, que, como se señaló, incluye la observancia de los derechos humanos en el marco del proceso educativo. Asimismo, le causó graves sufrimientos y tuvo relación con su decisión de quitarse la vida. El Estado, además, no le prestó el auxilio debido para procurar evitar su muerte”.⁴⁶ Ello representaba entonces que “Paola vio lesionados sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la vida privada y a la educación. El Estado incumplió su deber de respetar los derechos señalados, mediante el ejercicio de violencia sexual contra Paola, y también su deber de garantizarlos”. La Corte entonces sostuvo que “Ecuador incumplió su obligación de proveer medidas de protección a Paola en su condición de niña, como también de abstenerse de cualquier acción o práctica de

⁴⁵ Ibidem., párrs. 153 y ss.

⁴⁶ Ibidem., párr. 166.

violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación”; del mismo modo que “(t)ampoco actuó con la diligencia debida para prevenir esa violencia ni adoptó las medidas necesarias a tal efecto. El incumplimiento del Estado de sus obligaciones de respeto y garantía implicó la inobservancia de su deber de cumplir las mismas sin discriminación”.⁴⁷

Con todo ello, en los que la Corte no pudo determinar la responsabilidad del Estado por torturas sometidas a Paola, conforme al artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como tampoco pudo acreditar vulneraciones a los derechos a la salud y a la libertad personal ni al derecho a la libertad de expresión, la Corte entonces consideró que “Ecuador violó en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín los artículos 4.1, 5.1 y 11 de la Convención Americana, así como el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 del primer tratado y los artículos 7.a, 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará.”⁴⁸

La Corte también se pronunció sobre vulneraciones a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este punto sostuvo como presupuestos que “(e)n casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará”⁴⁹, así como que “la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los

⁴⁷ Ibidem., párr. 167.

⁴⁸ Ibidem., párr. 168.

⁴⁹ Ibidem., párr. 177.

hechos”⁵⁰. De este modo, después de analizar aspectos como “el plazo razonable de la investigación”, “el uso de estereotipos de género”, “el proceso judicial civil de reparación del daño”, la Corte sostuvo que:

“Teniendo en cuenta los aspectos reconocidos por el Estado, este Tribunal nota que se produjo en el caso una lesión al derecho de acceso a la justicia de las familiares de Paola Guzmán Albarracín, derivando en la impunidad, por la prescripción de la acción penal, que fue consecuencia de la inacción estatal, especialmente en la falta de diligencia en la detención del procesado rebelde. Los actos impunes, además, fueron cometidos por un funcionario público y comprometían en forma directa la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos humanos, inclusive el derecho a vivir una vida libre de violencia. El Estado, también por ese motivo, debía actuar con diligencia estricta en la investigación, como una de las acciones tendientes a subsanar, mediante la aplicación de las consecuencias legalmente establecidas, el hecho ilícito internacional.

Por lo dicho recién y por todo lo antes expuesto, la Corte concluye que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la igual protección de la ley previsto en su artículo 24, con el deber de cumplir sin discriminación las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la misma y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno prevista en el artículo 2 de la Convención y el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín.”⁵¹

De modo general, y después de considerar la responsabilidad del Estado en la violación del derecho a la integridad personal del artículo 5.1 de la Convención, en relación con su artículo 1.1., respecto a los familiares de Paola⁵², la Corte ordenó reparaciones para el Estado en el siguiente sentido: 1) medidas de rehabilitación (“brindar gratuitamente, en forma diferenciada, y por el tiempo que sea necesario, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico para Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse

⁵⁰ Ibidem., párr. 178.

⁵¹ Ibidem., párrs. 201-202.

⁵² Ibidem., párr. 214.

Selena Guzmán Albarracín, el cual deberá incluir en forma gratuita la provisión de los medicamentos que sean necesarios y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios. En el tratamiento psicológico y/o psiquiátrico se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de las víctimas, según lo que se acuerde con ellas y después de una evaluación individual⁵³); 2) medidas de satisfacción (“que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en el sitio web oficial del Ministerio de Educación”⁵⁴; así como realizar “un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso”⁵⁵, y “que, en un plazo razonable, declare un día oficial de lucha contra la violencia sexual en las aulas, mencionando en el nombre de dicho día, de manera explícita, el fenómeno de la violencia sexual contra niñas y niños en el ámbito educativo”⁵⁶.

Entre las garantías de no repetición, la Corte sostuvo:

“(…) esta Corte ordena al Estado que, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, identifique medidas adicionales a las que ya está implementando, para lograr corregir y subsanar las insuficiencias identificadas, en relación con: a) contar en forma permanente con información estadística actualizada sobre situaciones de violencia sexual contra niñas o niños en el ámbito educativo; b) la detección de casos de violencia sexual contra niñas o niños en ese ámbito y su denuncia, c) la capacitación a personal del ámbito educativo respecto al abordaje y prevención de situaciones de violencia sexual, y d) la provisión de orientación, asistencia y atención a

⁵³ Ibidem., párr. 226. En este sentido, el Estado consideró que: “Las beneficiarias de esta medida disponen de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para confirmar al Estado su voluntad de recibir atención psiquiátrica y/o psicológica. A su vez, el Estado dispondrá del plazo de tres meses, contado a partir de la recepción de dicha solicitud, para comenzar a brindar de manera efectiva la atención psicológica y/o psiquiátrica solicitada.” Así también: “Por último, la Corte nota que el Estado ha señalado que la señora Petita Albarracín tiene acceso al seguro social. Al respecto, este Tribunal aclara que, siempre y cuando resulte adecuado a lo ordenado, el Estado podrá otorgar los tratamientos requeridos por las víctimas a través del seguro social referido o por cualquier tipo de servicio estatal de salud.” Ibidem., párrs. 227-228.

⁵⁴ Ibidem., párr. 231.

⁵⁵ Ibidem., párr. 232.

⁵⁶ Ibidem., párr. 234.

las víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo y/o a sus familiares. De considerarlo conveniente el Estado podrá acudir a organizaciones como la Comisión Interamericana de Mujeres o el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, a fin de que tales entidades brinden asesoramiento o asistencia que pudiere resultar de utilidad en el cumplimiento de la medida ordenada. Asimismo, en concordancia con señalamientos del Comité de los Derechos del Niño, la Corte destaca la importancia de la participación de las niñas y niños en la formulación de las políticas públicas de prevención.”⁵⁷

3. *El “deber de fiscalizar” en la atribución de responsabilidad al Estado; derivación del artículo 26 de la Convención Americana del derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo; “grupo discriminado o marginado” por una “situación de pobreza estructural”; y discriminación estructural e interseccional. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.*

Los hechos del presente caso muestran que “(e)l 11 de diciembre de 1998, aproximadamente a las 12:00 del mediodía, se produjo una explosión en la fábrica de

⁵⁷ Ibidem., párr. 245. En este orden, la Corte sostuvo también: “El Estado deberá informar a la Corte, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, las medidas que identifique necesario adoptar. Dicha información será puesta en conocimiento de las representantes, quienes podrán presentar sus observaciones. Ecuador deberá comenzar a implementar las medidas aludidas a más tardar seis meses después de que presente a este Tribunal la información sobre las mismas, sin perjuicio de lo que esta Corte pudiera disponer en el curso de la supervisión de la presente Sentencia, considerando la información y observaciones que se le remitan. El Estado debe adoptar las acciones normativas, institucionales y presupuestarias para la efectiva implementación de las medidas que sean necesarias para cumplir con lo dispuesto. La Corte supervisará que la medida ordenada, en los términos señalados, comience a ejecutarse en forma efectiva.” Ibidem., párr. 246. Así también la Corte estableció que “fijar, en equidad, por concepto de daño inmaterial, la suma de USD\$ 110,000.00 (ciento diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Paola del Rosario Guzmán Albarracín, la suma de USD\$ 55,000.00 (cincuenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor Petita Paulina Albarracín Albán, y la suma de USD\$ 45,000.00 (cuarenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Denisse Selena Guzmán Albarracín. El monto dispuesto a favor de Paola del Rosario Guzmán Albarracín deberá ser distribuido, en partes iguales, entre la señora Petita Paulina Albarracín Albán y Denisse Selena Guzmán Albarracín.” Ibidem., párr.263.

«Vardo de los Fuegos». Según consta en la acusación formal del Ministerio Público, los dueños de la fábrica tenían conocimiento de que «era peligrosa y podría explotar en cualquier momento y provocar una tragedia» y, si bien contaban con autorización del Ministerio del Ejército, las actividades eran realizadas «de forma irregular». Como consecuencia de la explosión, murieron 60 personas y seis sobrevivieron. Entre las personas que perdieron la vida, se encontraban 40 mujeres, 19 niñas y un niño. Entre las personas sobrevivientes, se encontraban tres mujeres y dos niños y una niña, para un total de 23 niñas y niños, además de Vitória França da Silva, quien, ante el grave estado de salud de su madre embarazada (quien posteriormente falleció), nació de forma prematura en razón de la explosión, presentando por ello afectaciones a su salud. Por otra parte, cuatro de las mujeres fallecidas se encontraban en estado de gestación. Los cuerpos de las personas fallecidas tuvieron quemaduras graves y algunos estaban mutilados. Las personas sobrevivientes fueron atendidas por el hospital de la ciudad de Salvador, capital de Bahia, ya que la ciudad de Santo Antônio de Jesus no tenía un hospital con una unidad para tratar a personas quemadas. Sin embargo, ninguna de ellas recibió tratamiento médico adecuado para recuperarse de las consecuencias del accidente. La mayoría de las sobrevivientes sufrieron lesiones corporales graves, desde la pérdida auditiva, hasta quemaduras que alcanzaron casi el 70% del cuerpo. Una de las sobrevivientes de la explosión, Leila Cerqueira dos Santos, declaró ante la Corte que tuvo quemaduras de tercer grado en el rostro, brazos y piernas, problemas de inflamación en el oído, además de varios dolores. Otros dos sobrevivientes, un niño para la fecha de los hechos y una mujer, declararon que no recibieron asistencia médica para atender las secuelas de la explosión (...) Al momento de la explosión, la fábrica contaba con permiso del Ministerio del Ejército y de la municipalidad, así como con el Certificado de Registro número 381, emitido el 19 de diciembre de 1995, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1998. Mediante dicho certificado, se autorizó a la empresa el almacenamiento de 20.000 kg de nitrato de potasio y 2.500 kg de pólvora negra. Sin embargo, desde el registro de la fábrica de fuegos, hasta el momento de la explosión, no hay noticia de ninguna actividad de fiscalización llevada a cabo por las autoridades estatales, tanto en materia de condiciones laborales, como relativas al control de actividades peligrosas. En ese sentido, el Estado afirmó, en la audiencia pública

celebrada en 2006 ante la Comisión, que había fallado al no haber fiscalizado la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus.”⁵⁸

Respecto a las trabajadoras en la fábrica de fuegos, “se trataba de mujeres afrodescendientes, en su gran mayoría, que vivían en condición de pobreza y que tenían un bajo nivel de escolaridad. Además, eran contratadas informalmente, por medio de contratos verbales, y no eran regularmente registradas como empleadas.”⁵⁹ En este sentido, se refiere que los salarios eran muy bajos, y se añade que “(l)os habitantes del municipio de Santo Antônio de Jesus trabajaban en la fábrica de fuegos a falta de otra alternativa económica y debido a su condición de pobreza. Las empleadas de la fábrica de fuegos no podían acceder a un trabajo en el comercio debido a su falta de alfabetización y no eran recibidas para trabajar en el servicio doméstico debido a estereotipos que las asociaban, por ejemplo, con la delincuencia.”⁶⁰ Se expone, además, que “las trabajadoras de la fábrica no les ofrecían equipos de protección individual, ni entrenamiento o capacitación para ejercer su labor. Además, había varias niñas y niños trabajando en la fábrica, incluso desde los 6 años de edad. Las niñas y los niños trabajaban 6 horas diarias en época escolar y todo el día durante sus vacaciones, en fines de semana y durante épocas festivas. Las mujeres, en general, laboraban todo el día, desde las 6 de la mañana hasta las 5:30 de la tarde y podían hacer entre tres y seis mil cohetes.”⁶¹ En este punto, igualmente, respecto a la explosión, se dieron inicio a varios procesos de índole civil, laboral, penal y administrativo, y hasta “la fecha de aprobación del Informe de Admisibilidad y Fondo de la Comisión sólo habían culminado los procesos en la vía administrativa y algunos laborales, sin que se hubiera logrado la ejecución de la reparación en estos últimos. Los demás procesos, pasados más de 18 años, se encontraban pendientes en diversas etapas.”⁶²

Después de rechazar tres excepciones preliminares presentadas por el Estado, la Corte en primer lugar analizó los hechos respecto a posibles vulneraciones al derecho a la vida y a la integridad personal, así como los derechos de la niña y del niño, de los artículo 4.1, 5.1 y 19 de la Convención con respecto al artículo 1.1 del propio texto

⁵⁸ Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párrs. 74-78.

⁵⁹ Ibidem., párr. 70.

⁶⁰ Ibidem., párr. 71.

⁶¹ Ibidem., párr. 72.

⁶² Ibidem., párr. 82.

convencional. Al tratarse de un ente privado el causante de las muertes en cuestión, la Corte tuvo que establecer en primer lugar que “la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”, aunque “un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares dentro de su jurisdicción”, es decir, “(e)l carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados, no implica su responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto de particulares”, por lo que “aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de los derechos de otro, este no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde analizar las circunstancias particulares del caso y la concreción de las obligaciones de garantía”.⁶³ Por tal razón, en la constatación de si era atribuible la responsabilidad al Estado por los hechos que de este caso, la Corte sostuvo que “el Estado de Brasil falló en su deber de fiscalizar la fábrica de «Vardo de los fuegos» y permitió que los procesos necesarios para la fabricación de los fuegos artificiales ocurrieran al margen de los estándares mínimos exigidos en la legislación interna para este tipo de actividad. Lo que a su vez fue la causa de la explosión de la fábrica de fuegos, según se desprende de las pericias elaboradas a nivel interno por las autoridades competentes (...). Por lo tanto, la conducta omisiva del Estado contribuyó a que se produjera la explosión.”⁶⁴ En conclusión, la Corte determinó que “Brasil es responsable por la violación de los artículos 4.1 y 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las 60 personas fallecidas, entre las cuales se encontraban 20 niñas y niños, y de los artículos 5.1 y 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las seis personas sobrevivientes, tres de las cuales eran niños”.⁶⁵

Respecto al derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo, la Corte deriva este derecho de la interpretación del artículo 26 de la Convención, que ya hemos visto en Crónicas anteriores despierta amplia polémica, incluso en el seno de la Corte. En este punto, la

⁶³ Ibidem., párr. 117.

⁶⁴ Ibidem., párr. 137.

⁶⁵ Ibidem., párr. 139.

Corte consideró que existía “una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA”, por lo que “el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo, es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención.”⁶⁶

En este sentido, la Corte fijó como contenido del derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo, “que el trabajador pueda realizar sus labores en condiciones adecuadas de seguridad, higiene y salud que prevengan accidentes de trabajo, lo cual resulta especialmente relevante cuando se trata de actividades que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas. Además, de forma particular, a la luz de la legislación brasileña, este derecho implica la adopción de medidas para la prevención y reducción de riesgos inherentes al trabajo y de accidentes laborales; la obligación de proveer equipos de protección adecuados frente a los riesgos derivados del trabajo; la caracterización, a cargo de las autoridades de trabajo de la insalubridad e inseguridad en el trabajo; y la obligación de fiscalizar estas condiciones, también cargo de las autoridades laborales.”⁶⁷ En este sentido, la Corte sostuvo que “el Estado desconoció el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, en la medida en que falló en su deber de prevenir accidentes de trabajo. Dicho deber resulta aún más relevante debido a la magnitud de los hechos del presente caso, que terminaron por afectar gravemente la vida y la integridad personal de las trabajadoras y trabajadores. En este caso, si bien Brasil cumplió con su deber de reglamentar la actividad desarrollada en la fábrica de fuegos (...), falló al ejercer el control y fiscalización de las condiciones laborales, como medida necesaria para la prevención de accidentes. Ello, pese a que las relaciones laborales exigen supervisión por parte del Estado, más aún cuando se trata del ejercicio de actividades peligrosas. De modo que, el Estado violó el derecho contenido en el artículo 26 de la Convención Americana.”⁶⁸

Del mismo modo, la Corte encontró que “el Estado incumplió el mandato contenido en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 26 del mismo instrumento respecto de las niñas y niños fallecidos y sobrevivientes a la

⁶⁶ Ibidem., párr. 155.

⁶⁷ Ibidem., párr. 174.

⁶⁸ Ibidem., párr. 176.

explosión de la fábrica de fuegos, al no adoptar las medidas de protección que su condición de niñas y niños imponía y permitir que niñas y niños, desde los once años de edad se encontraran trabajando al momento de la explosión”.⁶⁹ En relación a la prohibición de discriminación del artículo 1.1 y el artículo 24 de la Convención, la Corte partió de considerar que “las empleadas de la fábrica de fuegos hacían parte de un grupo discriminado o marginado porque se encontraban en una situación de pobreza estructural y eran, en una amplísima mayoría, mujeres y niñas afrodescendientes”, y en las que “el Estado no adoptó ninguna medida que pueda ser valorada por la Corte como una forma de enfrentar o de buscar revertir la situación de pobreza y marginación estructural de las trabajadoras de la fábrica de fuegos, con atención a los factores de discriminación que confluían en el caso concreto.”⁷⁰ En este punto la Corte había constatado que “las presuntas víctimas estaban inmersas en patrones de discriminación estructural e interseccional. Las presuntas víctimas se encontraban en una situación de pobreza estructural y eran, en una amplísima mayoría, mujeres y niñas afrodescendientes, cuatro de ellas estaban embarazadas y no contaban con ninguna otra alternativa económica más que aceptar un trabajo peligroso en condiciones de explotación. La confluencia de estos factores hizo posible que una fábrica como la que se describe en este proceso haya podido instalarse y operar en la zona y que las mujeres, niñas y niños presuntas víctimas se hayan visto compelidos a trabajar allí.”⁷¹ Además sostuvo la Corte “que el Estado tenía conocimiento de la situación de especial vulnerabilidad de las presuntas víctimas, pues según los datos divulgados por órganos del mismo Estado, una cifra significativa de la población del municipio de Santo Antônio de Jesus, para la fecha de los hechos, vivía en situación de pobreza. También, de acuerdo con bases de datos estatales, era de conocimiento del Estado que las mujeres afrodescendientes se encontraban en particular situación de vulnerabilidad toda vez que, entre otros factores, tenían menor acceso a trabajos formales.”⁷²

En relación con lo anterior, la Corte sostuvo también que “al permitir la instalación y funcionamiento de la fábrica de fuegos en una zona en la que una parte sustancial de la población es vulnerable, el Estado tenía una obligación reforzada de fiscalizar las condiciones de funcionamiento de las instalaciones y de garantizar que

⁶⁹ Ibidem., párr. 181.

⁷⁰ Ibidem., párr. 200.

⁷¹ Ibidem., párr. 197.

⁷² Ibidem., párr. 201.

efectivamente se adoptaran medidas para la protección de la vida y la salud de las trabajadoras y para garantizar su derecho a la igualdad material. Por ello, al no haber fiscalizado las condiciones de higiene, salud y seguridad del trabajo en la fábrica, ni la actividad de fabricación de fuegos artificiales para, especialmente, evitar accidentes de trabajo, el Estado de Brasil no solo dejó de garantizar el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo de las presuntas víctimas, sino también contribuyó a agravar las condiciones de discriminación estructural en que se encontraban.”⁷³ En conclusión, la Corte sostuvo que “Brasil es responsable por la violación de los artículos 19, 24 y 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de 60 personas fallecidas y seis sobrevivientes de la explosión de la fábrica de “Vardo de los fuegos” de Santo Antônio de Jesus, ocurrida el 11 de diciembre de 1998”⁷⁴.

En esta línea, la Corte también consideró que el Estado era responsable “por la violación del derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana, así como del deber dedebida diligencia y la garantía judicial de plazo razonable, previstas en el artículo 8.1 de la Convención, ambos en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de: a) seis víctimas sobrevivientes de la explosión de la fábrica de “Vardo de los fuegos” de Santo Antônio de Jesus el 11 de diciembre de 1998 (...), y b) 100 familiares de las víctimas fallecidas (...)”⁷⁵ Del mismo modo sostuvo que el Estado era responsable “por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de 100 familiares de las personas fallecidas y sobrevivientes de la explosión (...)”⁷⁶.

Respecto a todo lo anterior, la Corte ordenó reparaciones de carácter integral⁷⁷ en el sentido siguiente: 1) obligación de investigar (“continuar con la debida diligencia, conforme al derecho interno, el proceso penal para, en un plazo razonable, juzgar y, en su caso, sancionar, a los responsables de la explosión de la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus”, y respecto a “las causas civiles de indemnización por daños morales y materiales contra el Estado Federal, el Estado de Bahia, la Municipalidad de Santo

⁷³ Ibidem., párr. 201.

⁷⁴ Ibidem., párr. 204.

⁷⁵ Ibidem., párr. 247.

⁷⁶ Ibidem., párr. 256.

⁷⁷ Ibidem., párrs. 257 y ss.

Antônio de Jesus y la empresa Mário Fróes Prazeres Bastos, y respecto a los procesos laborales, el Estado debe, tomando en cuenta lo dispuesto en esta Sentencia (...), continuar, con la debida diligencia, los procesos aún en trámite, para, en un plazo razonable, concluirlos y, en su caso, promover la completa ejecución, además de ejecutar las sentencias definitivas con la entrega efectiva de las sumas debidas a las víctimas”; 2) Medidas de rehabilitación (“brindar gratuitamente a través de instituciones de salud especializadas y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico que requieran las víctimas, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos”); 3) Medidas de satisfacción (“publicar, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial, en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial del Estado de Bahia y del Gobierno Federal” y “producir un material para radio y televisión de no menos de 5 minutos, en el que presente el resumen de la sentencia”; así también “realizar un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del presente caso y su posterior investigación”); 4) Garantías de no repetición (“adoptar medidas para implementar una política sistemática de inspecciones periódicas en los locales de producción de fuegos artificiales, tanto para que se verifiquen las condiciones de seguridad y salubridad del trabajo, como para que se fiscalice el cumplimiento de las normas relativas al almacenamiento de los insumos”; el diseño y ejecución de “un programa de desarrollo socioeconómico especialmente destinado para la población de Santo Antônio de Jesus, en coordinación con las víctimas y sus representantes”; así como “indemnizaciones compensatorias” en forma de pagos de sumas monetarias por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos).

4. *La libertad de expresión de los jueces y juezas y sus restricciones; “adecuado y oportuno control de convencionalidad”; y violación de la garantía de imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el*

artículo 1.1 de la Convención Americana. Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.

En los hechos del caso en cuestión, se daba cuenta que “(e)l señor Daniel David Urrutia Laubreaux inició su carrera judicial como Juez de Letras y Garantías en la ciudad de Freirina el 15 de junio de 2001. El 17 de enero de 2003 fue promovido a Juez de Garantía en la ciudad de Ovalle y el 20 de diciembre de 2004 desempeñó el mismo cargo en la ciudad de Coquimbo. El 21 mayo de 2006 fue nombrado Juez del Séptimo Juzgado de Garantía en la ciudad de Santiago, cargo que ocupa en la actualidad.”⁷⁸ En este orden, consta que “(e)l 8 de abril de 2004, la Corte Suprema de Justicia autorizó a la presunta víctima asistir al “Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización” organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile junto al Centro Internacional para la Justicia Transicional. El 30 de noviembre de 2004 la presunta víctima informó a la Corte Suprema que aprobó el diplomado y remitió el informe final de dicho diplomado, titulado «Propuesta de Política Pública de Introducción del Enfoque de Derechos Humanos en el trabajo del Poder Judicial de Chile», para que fuera «puesto a disposición del pleno para los fines que se estimen pertinentes». Dicho trabajo proponía al Poder Judicial adoptar un enfoque de derechos humanos, y realizaba una serie de críticas sobre su funcionamiento, específicamente sobre su rol durante el régimen militar chileno. El trabajo académico propuso que el Poder Judicial adoptara determinadas medidas de reparación por la responsabilidad que dicha institución habría tenido en las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar chileno, entre ellas, que reconociera públicamente su responsabilidad de acuerdo con las conclusiones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”.⁷⁹

En el orden de hechos que se suceden, acontece que “(e)l 22 de diciembre de 2004 el Secretario de la Corte Suprema de Justicia remitió a la Corte de Apelaciones de La Serena el trabajo académico realizado por el señor Urrutia Laubreaux”.⁸⁰ Entonces “(e)l 27 de diciembre de 2004, el Secretario de la Corte Suprema de Justicia de Chile

⁷⁸ Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile, *Ob.cit.*, párr. 57.

⁷⁹ *Ibidem.*, párr. 58.

⁸⁰ *Ibidem.*, párr. 59.

informó al Juez Urrutia Laubreaux que «conforme a lo ordenado por el Tribunal Pleno de esta Corte, adjunto se devuelve el denominado ‘informe final’ que remitiera [...]. Lo anterior, en razón de estimarse que en el aludido informe se contienen apreciaciones inadecuadas e inaceptables para este Tribunal»⁸¹. De este modo “(e)l 31 de marzo de 2005 la Corte de Apelaciones de La Serena decidió sancionar a la presunta víctima con una medida disciplinaria de “censura por escrito”, en aplicación de los numerales 1 y 4 del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales.”⁸² Ante la sanción, el “Juez Urrutia Laubreaux presentó el 5 de abril de 2005 un recurso de apelación ante la Corte Suprema contra la resolución sancionatoria, solicitando la revocación de la sanción disciplinaria”⁸³, pero “(e)l 6 de mayo del 2005 la Corte Suprema confirmó la resolución impugnada, pero redujo la condena a una “amonestación privada” y ordenó que se registrara en la hoja de vida del Juez Urrutia Laubreaux la sanción impuesta”⁸⁴. No obstante, “(e)l 29 de mayo de 2018, y en cumplimiento de las recomendaciones del Informe de Fondo, la Corte Suprema de Justicia de Chile dejó sin efecto la sanción impuesta al Juez Urrutia Laubreaux” al entender que se trataba de “una manifestación de la libertad de expresión del juez señor Urrutia”⁸⁵.

Después de resolver seis excepciones preliminares presentadas por el Estado, la Corte pasó a examinar si había existido una vulneración del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el presente caso. La Corte parte de considerar que si bien “(l)a Convención Americana garantiza el derecho a la libertad de expresión a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración”, en relación con las “personas que ejercen funciones jurisdiccionales (...), debido a sus funciones en la administración de justicia, la libertad de expresión de los jueces y juezas pueden estar sujetos a restricciones distintas y en sentidos que no afectarían a otras personas, incluyendo a otros funcionarios públicos.”⁸⁶ Con fundamento, *inter alia*, en los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, en los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte sostiene entonces que “(e)l objetivo

⁸¹ Ibidem., párr. 60.

⁸² Ibidem., párr. 62.

⁸³ Ibidem., párr. 63.

⁸⁴ Ibidem., párr. 64.

⁸⁵ Ibidem., párr. 67.

⁸⁶ Ibidem., párr. 82.

general de garantizar la independencia e imparcialidad es, en principio, un fin legítimo para restringir ciertos derechos de los jueces”⁸⁷. En este sentido, como el artículo 8.1 de la Convención establece el “derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”, es una obligación del Estado “regular que sus jueces y tribunales cumplan con dichos preceptos”, y por tanto, “resulta acorde con la Convención Americana la restricción de ciertas conductas a los jueces, con la finalidad de proteger la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la justicia, como un «derecho o libertad de los demás»⁸⁸. De tal modo que a juicio de la Corte, “(l)a compatibilidad de dichas restricciones con la Convención Americana debe ser analizada en cada caso concreto, tomando en cuenta el contenido de la expresión y las circunstancias de la misma. Así, por ejemplo, expresiones realizadas en un contexto académico podrían ser más permisivas que las realizadas a medios de comunicación.”⁸⁹

En el caso concreto entonces, la Corte apuntó que “tal como lo señaló la Corte Suprema de Chile, el trabajo académico realizado por el señor Urrutia Laubreaux constituyó un ejercicio de su libertad de expresión”. De este modo, la Corte “considera que, si bien la libertad de expresión de las personas que ejercen funciones jurisdiccionales puede estar sujeta a mayores restricciones que la de otras personas, esto no implica que cualquier expresión de un Juez o Jueza puede ser restringida. En este sentido, no es acorde a la Convención Americana sancionar las expresiones realizadas en un trabajo académico sobre un tema general y no un caso concreto, como el realizado por la presunta víctima en el presente caso.”⁹⁰ En este orden, la Corte advirtió cómo “la decisión de la Corte Suprema de Chile de 29 de mayo de 2018 reconoció la violación a la libertad de expresión y ordenó dejar sin efecto la sanción impuesta al señor Urrutia Laubreaux”, la que “fue posteriormente eliminada de la hoja de vida del Juez Urrutia Laubreaux”⁹¹. Para la Corte esta “decisión de la Corte Suprema de Chile constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de la sanción de amonestación privada impuesta al señor Urrutia Laubreaux en el 2005, en tanto reconoció, cesó y reparó parcialmente la violación al derecho a la libertad de expresión en perjuicio del

⁸⁷ Ibidem., párr. 84.

⁸⁸ Ibidem., párr. 84.

⁸⁹ Ibidem., párr. 84.

⁹⁰ Ibidem., párr. 89.

⁹¹ Ibidem., párr. 92.

señor Urrutia Laubreaux. La Corte Suprema de Chile tomó en debida consideración los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 13 de la Convención para así garantizar adecuadamente la libertad de expresión del Juez Urrutia Laubreaux al a) dejar sin efecto la sanción impuesta, y b) ordenar la eliminación de la misma de la hoja de vida de la presunta víctima.”⁹²

Sin embargo, a los efectos de la responsabilidad del Estado chileno, la Corte consideró que “la sanción se mantuvo en la hoja de vida del señor Urrutia Laubreaux por más de 13 años, lo cual razonablemente afectó su carrera judicial”⁹³. En este sentido, tomando en cuenta “de acuerdo a la legislación chilena vigente al momento de los hechos la imposición de una «amonestación privada» tiene como consecuencia que el o la jueza sancionada no pueda ser calificada en la lista «Sobresaliente», y en tanto “(l)a calificación de los jueces con base en la acumulación de puntos influye en la preferencia que se tiene en los nombramientos en propiedad, en la promoción de los jueces a cargos superiores, y en el nombramiento a plazas distintas la determinación de más de tres sanciones en el período de tres años puede implicar la remoción del cargo de juez”, la Corte consideró “que no se ha subsanado totalmente la violación del derecho a la libertad de expresión del señor Urrutia Laubreaux”⁹⁴, por lo que “el Estado violó el artículo 13, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio del señor Urrutia Laubreaux”⁹⁵.

En relación con el derecho a las garantías judiciales y la alegada violación a la protección judicial, la Corte consideró en atención a “la naturaleza sancionatoria del proceso disciplinario seguido contra el señor Urrutia Laubreaux, en el cual fue adoptada una determinación que afectó los derechos de la presunta víctima, la Corte considera que las garantías procesales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana hacen parte del elenco de garantías mínimas que debieron ser respetadas para adoptar una decisión que no fuera arbitraria y resultara ajustada al debido proceso.”⁹⁶ Y agrega que “en casos de procesos disciplinarios en contra de jueces, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial

⁹² Ibidem., párr. 94.

⁹³ Ibidem., párr. 95.

⁹⁴ Ibidem., párr. 95.

⁹⁵ Ibidem., párr. 96.

⁹⁶ Ibidem., párr. 103.

efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial”.⁹⁷

De tal modo, y en el análisis del “derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y de tener el tiempo y los medios adecuados para la defensa”, así como del “derecho a contar con una autoridad disciplinaria imparcial y el derecho a la protección judicial”, la Corte consideró que “los ministros de la Corte Suprema que conocieron de la apelación no reunían elementos objetivos de imparcialidad para resolver sobre la misma”, y en tal sentido “el Estado violó la garantía de imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Urrutia Laubreaux”⁹⁸. Por su parte, consideró respecto a “la alegada violación del artículo 2, en relación con el artículo 8.1 de la Convención”, “que no ha sido demostrado que las violaciones a las garantías judiciales ocurridas en el presente caso se encuentren relacionadas con la falta de adecuación legislativa”, del mismo modo que consideró “innecesario pronunciarse sobre la alegada violación a la protección judicial”.⁹⁹

En el análisis del principio de legalidad y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte indicó que “el proceso disciplinario tuvo carácter sancionatorio, por lo cual, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, son aplicables las garantías del artículo 9 de la Convención”, y en este caso, al tratarse “de sanciones disciplinarias impuestas a jueces y juezas, el cumplimiento con el principio de legalidad es aún más importante ya que constituye una garantía contra presiones externas a los jueces y, por ende, de su independencia”¹⁰⁰. En este sentido, la Corte consideró que “la Corte Suprema de Chile al sancionar al señor Urrutia Laubreaux utilizando el numeral 4 del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales utilizó una norma que permitía una discrecionalidad incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma en violación del principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la Convención”¹⁰¹. También consideró que “normas como la presente vulneran no solo el principio de legalidad sino también la independencia judicial”.¹⁰²

⁹⁷ Ibidem., párr. 104.

⁹⁸ Ibidem., párr. 124.

⁹⁹ Ibidem., párr. 125.

¹⁰⁰ Ibidem., párr. 131.

¹⁰¹ Ibidem., párr. 135.

¹⁰² Ibidem., párr. 136.

Por estas razones, *inter alia*, la Corte concluyó que estas violaciones “se originaron en la aplicación del numeral 4 del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales”, y recordó “que en virtud del artículo 2 de la Convención, el Estado estaba obligado a suprimir las normas que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”. En este sentido, considera que “existió una omisión del Estado al mantener vigente dicha norma”, que “conllevó a una violación del artículo 2 de la Convención y afectó la seguridad jurídica y los derechos de la presunta víctima al momento de determinarse la sanción”. En conclusión, la Corte consideró al Estado responsable por la violación del artículo 9 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en perjuicio del señor Urrutia Laubreaux¹⁰³.

En el ámbito de las reparaciones¹⁰⁴, la Corte ordenó: 1) medida de satisfacción (la publicación del “a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente Sentencia en su integridad, la cual debe estar disponible por un período de un año, en un sitio web oficial del Poder Judicial, de manera accesible al público”; 2) garantías de no repetición (“suprimir el numeral 4 del artículo 323 del Código Orgánica de Tribunales”); 3) y el pago de cantidades establecidas por conceptos de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, además del pago de costas y gastos.

¹⁰³ Ibidem., párr. 141.

¹⁰⁴ Ibidem., párrs. 142 y ss.

VI. DOCUMENTACIÓN

VI. DOCUMENTACIÓN:

- Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.
- Compromiso de Andorra sobre Innovación para el Desarrollo Sostenible. XXVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO DE ANDORRA, 21 de abril de 2021.
- DECLARACIÓN DE ANDORRA Innovación para el Desarrollo Sostenible – Objetivo 2030. Iberoamérica frente al reto del Coronavirus. XXVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO DE ANDORRA, 21 de abril de 2021.

Antonio Pastor Palomar
Universidad Rey Juan Carlos



Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe



NACIONES UNIDAS



POR UN DESARROLLO
SOSTENIBLE CON IGUALDAD

Gracias por su interés en esta publicación de la CEPAL



Si desea recibir información oportuna sobre nuestros productos editoriales y actividades, le invitamos a registrarse. Podrá definir sus áreas de interés y acceder a nuestros productos en otros formatos.



NACIONES UNIDAS



www.cepal.org/es/suscripciones

Alicia Bárcena

Secretaria Ejecutiva

Esta publicación contiene el texto íntegro del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018. El texto se publica exclusivamente con fines informativos y no sustituye los textos originales auténticos del Acuerdo Regional, que están en poder del Secretario General de las Naciones Unidas en su condición de Depositario.

En el sitio web <http://www.cepal.org/acuerdodeescazu> se podrá consultar información actualizada sobre el Acuerdo Regional y actividades relacionadas.

Publicación de las Naciones Unidas

LC/PUB.2018/8/-*

Distribución: G

Original: Inglés

Copyright © Naciones Unidas, 2018

Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago

S.18-01116

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), División de Publicaciones y Servicios Web, publicaciones.cepal@un.org. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a la CEPAL de tal reproducción.

Índice

Prólogo.....	5
Prefacio.....	7
Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe	11

Prólogo

Mediante la aprobación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, los Estados Miembros de las Naciones Unidas trazaron el camino hacia una mayor dignidad, prosperidad y sostenibilidad para las personas y el planeta, y se comprometieron a no dejar a nadie atrás.

Los países de América Latina y el Caribe han desempeñado un papel relevante en el desarrollo de esa visión, a través de iniciativas multilaterales que se han traducido en la adopción del único acuerdo jurídicamente vinculante derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 y negociado por los Estados con la participación significativa de la sociedad civil y del público en general, confirma el valor de la dimensión regional del multilateralismo para el desarrollo sostenible. Al vincular los marcos mundiales y nacionales, el Acuerdo establece estándares regionales, promueve la creación de capacidades —en particular, a través de la cooperación Sur-Sur—, sienta las bases de una estructura institucional de apoyo y ofrece herramientas para mejorar la formulación de políticas y la toma de decisiones.

Ante todo, este tratado tiene por objeto luchar contra la desigualdad y la discriminación y garantizar los derechos de todas las personas a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, dedicando especial atención a las personas y grupos

en situación de vulnerabilidad y colocando la igualdad en el centro del desarrollo sostenible.

En este año en que conmemoramos el septuagésimo aniversario de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el vigésimo aniversario de la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos, este Acuerdo histórico tiene el potencial de catalizar el cambio estructural y dar respuesta a algunos de los principales desafíos de nuestros tiempos. Es un instrumento poderoso para prevenir conflictos, lograr que las decisiones se adopten de manera informada, participativa e inclusiva y mejorar la rendición de cuentas, la transparencia y la buena gobernanza.

Celebro la adopción del primer tratado concluido bajo los auspicios de esta comisión regional y felicito a todas las personas que lo hicieron posible. Ahora corresponde a los países de América Latina y el Caribe llevarlo a la práctica, en beneficio de las generaciones actuales y venideras.



António Guterres
Secretario General de las Naciones Unidas

Prefacio

El 4 de marzo de 2018, América Latina y el Caribe hizo historia al adoptar, en Escazú (Costa Rica), el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

Este Acuerdo Regional, originado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) y fundamentado en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, es el fruto de una fase preparatoria de dos años y de nueve intensas reuniones de su Comité de Negociación. Durante las negociaciones, lideradas por Chile y Costa Rica en su calidad de Copresidentes y por otros cinco integrantes de la Mesa Directiva (Argentina, México, Perú, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tabago), se reunieron delegados gubernamentales, representantes del público y del sector académico, expertos y otras partes interesadas, que participaron activamente, de manera colaborativa y en pie de igualdad.

El resultado de este proceso tan innovador no podría ser más inspirador. En un momento de creciente incertidumbre y profundos desequilibrios económicos, sociales y ambientales, en que, precisamente, el multilateralismo se encuentra sometido a un intenso escrutinio, los países de América Latina y el Caribe han demostrado el valor de la acción regional. Para avanzar hacia una mayor protección del medio ambiente y más derechos ambientales en el plano local, nuestros países han decidido actuar de manera coordinada a nivel regional, poniendo la creación de capacidades y la cooperación al servicio de bienes e intereses colectivos superiores.

Este Acuerdo Regional es un instrumento jurídico pionero en materia de protección ambiental, pero también es un tratado de

derechos humanos. Sus principales beneficiarios son la población de nuestra región, en particular los grupos y comunidades más vulnerables. Su objetivo es garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de manera oportuna y adecuada, a participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y su entorno y a acceder a la justicia cuando estos derechos hayan sido vulnerados. En el tratado se reconocen los derechos de todas las personas, se proporcionan medidas para facilitar su ejercicio y, lo que es más importante, se establecen mecanismos para llevarlos a efecto.

Se trata de un acuerdo visionario y sin precedentes, alcanzado por y para América Latina y el Caribe, que refleja la ambición, las prioridades y las particularidades de nuestra región. En él se abordan aspectos fundamentales de la gestión y la protección ambientales desde una perspectiva regional y se regulan los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en ámbitos tan importantes como el uso sostenible de los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la degradación de las tierras y el cambio climático y el aumento de la resiliencia ante los desastres. También se incluye la primera disposición vinculante del mundo sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, en una región en la que, lamentablemente, se enfrentan con demasiada frecuencia a agresiones e intimidaciones.

Desde un enfoque basado en los derechos, se reconocen principios democráticos fundamentales y se procura abordar uno de los desafíos más importantes de la región: el flagelo de la desigualdad y una cultura del privilegio profundamente arraigada. A través de la transparencia, la apertura y la participación, el Acuerdo Regional contribuye a la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo y hace frente a la ineficiente e insostenible cultura de intereses limitados y fragmentados que impera en la región. En ese sentido, en el Acuerdo se plasma el compromiso de incluir a aquellos que tradicionalmente han sido excluidos o marginados o han estado insuficientemente representados y de dar voz a quienes no la tienen, sin dejar a nadie atrás.

Con este Acuerdo, nuestra región también brinda un magnífico ejemplo de cómo equilibrar las tres dimensiones del desarrollo sostenible. Asegurando la participación del público en todas las decisiones que lo afectan y estableciendo una nueva relación entre el Estado, el mercado y la sociedad, nuestros países refutan la falsa dicotomía entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico. No puede haber crecimiento a expensas del medio ambiente, y no puede gestionarse el medio ambiente ignorando a nuestros pueblos y nuestras economías. La seguridad jurídica y la confianza en las instituciones públicas son también cruciales para el desarrollo sostenible. En el Acuerdo se reconocen esta interrelación e interdependencia, lo que convierte este primer tratado regional de la CEPAL en un instrumento invaluable para lograr la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Se espera que el firme compromiso regional con respecto a la protección del medio ambiente y los derechos humanos conduzca a la pronta entrada en vigor del Acuerdo. Al adherirse a este tratado histórico, además de continuar fortaleciendo la democracia ambiental, los 33 países de América Latina y el Caribe darán un paso más para hacer realidad la igualdad, el crecimiento económico sólido y el desarrollo sostenible para todos.



Alicia Bárcena
Secretaria Ejecutiva
Comisión Económica para
América Latina y el Caribe (CEPAL)

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

Adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018
Apertura a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, el 27 de septiembre de 2018

Las Partes en el presente Acuerdo,

Recordando la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río, formulada por países de América Latina y el Caribe en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en 2012, en la que se reafirma el compromiso con los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales, se reconoce la necesidad de alcanzar compromisos para la aplicación cabal de dichos derechos y se manifiesta la voluntad de iniciar un proceso que explore la viabilidad de contar con un instrumento regional,

Reafirmando el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que establece lo siguiente: “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”,

Destacando que los derechos de acceso están relacionados entre sí y son interdependientes, por lo que todos y cada uno de ellos se deben promover y aplicar de forma integral y equilibrada,

Convencidas de que los derechos de acceso contribuyen al fortalecimiento, entre otros, de la democracia, el desarrollo sostenible y los derechos humanos,

Reafirmando la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y recordando otros instrumentos internacionales de derechos humanos que ponen de relieve que todos los Estados tienen la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción alguna, incluidas de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Reafirmando también todos los principios de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 y de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992,

Recordando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, el Programa 21, el Plan para la Ulterior Ejecución del Programa 21, la Declaración de Barbados y el Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, la Declaración de Mauricio y la Estrategia de Mauricio para la Ejecución Ulterior del Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y las Modalidades de Acción Acelerada para los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (Trayectoria de Samoa),

Recordando también que, en el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en 2012, titulado “El futuro que queremos”, se reconoce que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, en los planos nacional e internacional, así como un entorno propicio, son esenciales para el

desarrollo sostenible, incluido el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre; se recalca que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible, y se alienta la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información ambiental, la participación pública en el proceso de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cuando proceda,

Considerando la resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, por la que se acordó un amplio conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas universales y transformativos, de gran alcance y centrados en las personas, y en donde se estableció el compromiso de lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones —económica, social y ambiental— de forma equilibrada e integrada,

Reconociendo la multiculturalidad de América Latina y el Caribe y de sus pueblos,

Reconociendo también la importancia del trabajo y las contribuciones fundamentales del público y de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales para el fortalecimiento de la democracia, los derechos de acceso y el desarrollo sostenible,

Conscientes de los avances alcanzados en los instrumentos internacionales y regionales y en las legislaciones y prácticas nacionales relativos a los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales,

Convencidas de la necesidad de promover y fortalecer el diálogo, la cooperación, la asistencia técnica, la educación y la sensibilización, así como el fortalecimiento de capacidades, en los niveles internacional, regional, nacional, subnacional y local, para el ejercicio pleno de los derechos de acceso,

Decididas a alcanzar la plena implementación de los derechos de acceso contemplados en el presente Acuerdo, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación,

Han acordado lo siguiente:

Artículo 1

Objetivo

El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Artículo 2

Definiciones

A los efectos del presente Acuerdo:

- a) por “derechos de acceso” se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales;
- b) por “autoridad competente” se entiende, para la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 6 del presente Acuerdo, toda institución pública que ejerce los poderes, la autoridad y las funciones en materia de acceso a la información, incluyendo a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Estado o controlados por él, que actúen por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y, cuando corresponda, a las organizaciones privadas, en la medida en que reciban fondos o beneficios públicos directa o indirectamente o que desempeñen funciones y servicios públicos, pero exclusivamente en

- lo referido a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados;
- c) por “información ambiental” se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales;
 - d) por “público” se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado Parte;
 - e) por “personas o grupos en situación de vulnerabilidad” se entiende aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales.

Artículo 3

Principios

Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo:

- a) principio de igualdad y principio de no discriminación;
- b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas;
- c) principio de no regresión y principio de progresividad;
- d) principio de buena fe;
- e) principio preventivo;
- f) principio precautorio;
- g) principio de equidad intergeneracional;
- h) principio de máxima publicidad;

- i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales;
- j) principio de igualdad soberana de los Estados; y
- k) principio *pro persona*.

Artículo 4

Disposiciones generales

1. Cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo.
2. Cada Parte velará por que los derechos reconocidos en el presente Acuerdo sean libremente ejercidos.
3. Cada Parte adoptará todas las medidas necesarias, de naturaleza legislativa, reglamentaria, administrativa u otra, en el marco de sus disposiciones internas, para garantizar la implementación del presente Acuerdo.
4. Con el propósito de contribuir a la aplicación efectiva del presente Acuerdo, cada Parte proporcionará al público información para facilitar la adquisición de conocimiento respecto de los derechos de acceso.
5. Cada Parte asegurará que se oriente y asista al público —en especial a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad— de forma que se facilite el ejercicio de sus derechos de acceso.
6. Cada Parte garantizará un entorno propicio para el trabajo de las personas, asociaciones, organizaciones o grupos que promuevan la protección del medio ambiente, proporcionándoles reconocimiento y protección.
7. Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación

pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales.

8. En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte avanzará en la adopción de la interpretación más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso.
9. Para la implementación del presente Acuerdo, cada Parte alentará el uso de las nuevas tecnologías de la información, y la comunicación, tales como los datos abiertos, en los diversos idiomas usados en el país, cuando corresponda. Los medios electrónicos serán utilizados de una manera que no generen restricciones o discriminaciones para el público.
10. Las Partes podrán promover el conocimiento de los contenidos del presente Acuerdo en otros foros internacionales cuando se vinculen con la temática de medio ambiente, de conformidad con las reglas que prevea cada foro.

Artículo 5

Acceso a la información ambiental

Accesibilidad de la información ambiental

1. Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad.
2. El ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental comprende:
 - a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita;
 - b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud; y
 - c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho.

3. Cada Parte facilitará el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones.
4. Cada Parte garantizará que dichas personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta.

Denegación del acceso a la información ambiental

5. Cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al solicitante por estar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión, e informar al solicitante de su derecho de impugnarla y recurrirla.
6. El acceso a la información podrá denegarse de conformidad con la legislación nacional. En los casos en que una Parte no posea un régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, podrá aplicar las siguientes excepciones:
 - a) cuando hacer pública la información pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
 - b) cuando hacer pública la información afecte negativamente la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
 - c) cuando hacer pública la información afecte negativamente la protección del medio ambiente, incluyendo cualquier especie amenazada o en peligro de extinción; o
 - d) cuando hacer pública la información genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención, investigación y persecución de delitos.

7. En los regímenes de excepciones se tendrán en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos. Cada Parte alentará la adopción de regímenes de excepciones que favorezcan el acceso de la información.
8. Los motivos de denegación deberán estar establecidos legalmente con anterioridad y estar claramente definidos y reglamentados, tomando en cuenta el interés público, y, por lo tanto, serán de interpretación restrictiva. La carga de la prueba recaerá en la autoridad competente.
9. Cuando aplique la prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
10. Cuando la información contenida en un documento no esté exenta en su totalidad de conformidad con el párrafo 6 del presente artículo, la información no exenta deberá entregarse al solicitante.

Condiciones aplicables para la entrega de información ambiental

11. Las autoridades competentes garantizarán que la información ambiental se entregue en el formato requerido por el solicitante siempre que esté disponible. Si la información ambiental no estuviera disponible en ese formato, se entregará en el formato disponible.
12. Las autoridades competentes deberán responder a una solicitud de información ambiental con la máxima celeridad posible, en un plazo no superior a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de recepción de la misma, o en un plazo menor si así lo previera expresamente la normativa interna.
13. Cuando, en circunstancias excepcionales y de conformidad con la legislación nacional, la autoridad competente necesite más tiempo para responder a la solicitud, deberá notificar al solicitante por escrito de la justificación de la extensión antes del vencimiento del plazo establecido en el párrafo 12 del presente artículo. Dicha extensión no deberá exceder de diez días hábiles.

14. En caso de que la autoridad competente no responda en los plazos establecidos en los párrafos 12 y 13 del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 8.
15. Cuando la autoridad competente que recibe la solicitud no posea la información requerida, deberá comunicarlo al solicitante con la máxima celeridad posible, incluyendo, en caso de poderlo determinar, la autoridad que pudiera tener dicha información. La solicitud deberá ser remitida a la autoridad que posea la información solicitada, y el solicitante deberá ser informado de ello.
16. Cuando la información solicitada no exista o no haya sido aún generada, se deberá informar fundadamente de esta situación al solicitante en los plazos previstos en los párrafos 12 y 13 del presente artículo.
17. La información ambiental deberá entregarse sin costo, siempre y cuando no se requiera su reproducción o envío. Los costos de reproducción y envío se aplicarán de acuerdo con los procedimientos establecidos por la autoridad competente. Estos costos deberán ser razonables y darse a conocer por anticipado, y su pago podrá exceptuarse en el caso que se considere que el solicitante se encuentra en situación de vulnerabilidad o en circunstancias especiales que justifiquen dicha exención.

Mecanismos de revisión independientes

18. Cada Parte establecerá o designará uno o más órganos o instituciones imparciales y con autonomía e independencia, con el objeto de promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información. Cada Parte podrá incluir o fortalecer, según corresponda, las potestades sancionatorias de los órganos o instituciones mencionados en el marco de sus competencias.

Artículo 6

Generación y divulgación de información ambiental

1. Cada Parte garantizará, en la medida de los recursos disponibles, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental a nivel subnacional y local. Cada Parte deberá fortalecer la coordinación entre las diferentes autoridades del Estado.
2. Las autoridades competentes procurarán, en la medida de lo posible, que la información ambiental sea reutilizable, procesable y esté disponible en formatos accesibles, y que no existan restricciones para su reproducción o uso, de conformidad con la legislación nacional.
3. Cada Parte contará con uno o más sistemas de información ambiental actualizados, que podrán incluir, entre otros:
 - a) los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio ambiente;
 - b) los informes sobre el estado del medio ambiente;
 - c) el listado de las entidades públicas con competencia en materia ambiental y, cuando fuera posible, sus respectivas áreas de actuación;
 - d) el listado de zonas contaminadas, por tipo de contaminante y localización;
 - e) información sobre el uso y la conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos;
 - f) informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras;

- g) fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia;
- h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas;
- i) un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; e
- j) información respecto de la imposición de sanciones administrativas en asuntos ambientales.

Cada Parte deberá garantizar que los sistemas de información ambiental se encuentren debidamente organizados, sean accesibles para todas las personas y estén disponibles de forma progresiva por medios informáticos y georreferenciados, cuando corresponda.

4. Cada Parte tomará medidas para establecer un registro de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, y de materiales y residuos bajo su jurisdicción, el cual se establecerá progresivamente y se actualizará periódicamente.
5. Cada Parte garantizará, en caso de amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente, que la autoridad competente que corresponda divulgará de forma inmediata y por los medios más efectivos toda la información relevante que se encuentre en su poder y que permita al público tomar medidas para prevenir o limitar eventuales daños. Cada Parte deberá desarrollar e implementar un sistema de alerta temprana utilizando los mecanismos disponibles.
6. Con el objeto de facilitar que las personas o grupos en situación de vulnerabilidad accedan a la información que particularmente les afecte, cada Parte procurará, cuando corresponda, que las autoridades competentes divulguen la información ambiental en los diversos idiomas usados en el país, y elaboren formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, por medio de canales de comunicación adecuados.

7. Cada Parte hará sus mejores esfuerzos por publicar y difundir a intervalos regulares, que no superen los cinco años, un informe nacional sobre el estado del medio ambiente, que podrá contener:
 - a) información sobre el estado del medio ambiente y de los recursos naturales, incluidos datos cuantitativos, cuando ello sea posible;
 - b) acciones nacionales para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental;
 - c) avances en la implementación de los derechos de acceso; y
 - d) convenios de colaboración entre los sectores público, social y privado.

Dichos informes deberán redactarse de manera que sean de fácil comprensión y estar accesibles al público en diferentes formatos y ser difundidos a través de medios apropiados considerando las realidades culturales. Cada Parte podrá invitar al público a realizar aportes a estos informes.

8. Cada Parte alentará la realización de evaluaciones independientes de desempeño ambiental que tengan en cuenta criterios y guías acordados nacional o internacionalmente e indicadores comunes, con miras a evaluar la eficacia, la efectividad y el progreso de sus políticas nacionales ambientales en el cumplimiento de sus compromisos nacionales e internacionales. Las evaluaciones deberán contemplar la participación de los distintos actores.
9. Cada Parte promoverá el acceso a la información ambiental contenida en las concesiones, contratos, convenios o autorizaciones que se hayan otorgado y que involucren el uso de bienes, servicios o recursos públicos, de acuerdo con la legislación nacional.
10. Cada Parte asegurará que los consumidores y usuarios cuenten con información oficial, pertinente y clara sobre las cualidades ambientales de bienes y servicios y sus efectos en la salud, favoreciendo patrones de consumo y producción sostenibles.

11. Cada Parte establecerá y actualizará periódicamente sus sistemas de archivo y gestión documental en materia ambiental de conformidad con su normativa aplicable, procurando en todo momento que dicha gestión facilite el acceso a la información.
12. Cada Parte adoptará las medidas necesarias, a través de marcos legales y administrativos, entre otros, para promover el acceso a la información ambiental que esté en manos de entidades privadas, en particular la relativa a sus operaciones y los posibles riesgos y efectos en la salud humana y el medio ambiente.
13. Cada Parte incentivará, de acuerdo con sus capacidades, la elaboración de informes de sostenibilidad de empresas públicas y privadas, en particular de grandes empresas, que reflejen su desempeño social y ambiental.

Artículo 7

Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales

1. Cada Parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional.
2. Cada Parte garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud.
3. Cada Parte promoverá la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones distintos a los mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, relativos a asuntos ambientales de interés público, tales como el ordenamiento del territorio y

la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente.

4. Cada Parte adoptará medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos. A tal efecto, cada Parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones.
5. El procedimiento de participación pública contemplará plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público y para que este participe en forma efectiva.
6. El público será informado de forma efectiva, comprensible y oportuna, a través de medios apropiados, que pueden incluir los medios escritos, electrónicos u orales, así como los métodos tradicionales, como mínimo sobre:
 - a) el tipo o naturaleza de la decisión ambiental de que se trate y, cuando corresponda, en lenguaje no técnico;
 - b) la autoridad responsable del proceso de toma de decisiones y otras autoridades e instituciones involucradas;
 - c) el procedimiento previsto para la participación del público, incluida la fecha de comienzo y de finalización de este, los mecanismos previstos para dicha participación, y, cuando corresponda, los lugares y fechas de consulta o audiencia pública; y
 - d) las autoridades públicas involucradas a las que se les pueda requerir mayor información sobre la decisión ambiental de que se trate, y los procedimientos para solicitar la información.
7. El derecho del público a participar en los procesos de toma de decisiones ambientales incluirá la oportunidad de presentar observaciones por medios apropiados y disponibles, conforme a las circunstancias del proceso. Antes de la

adopción de la decisión, la autoridad pública que corresponda tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación.

8. Cada Parte velará por que, una vez adoptada la decisión, el público sea oportunamente informado de ella y de los motivos y fundamentos que la sustentan, así como del modo en que se tuvieron en cuenta sus observaciones. La decisión y sus antecedentes serán públicos y accesibles.
9. La difusión de las decisiones que resultan de las evaluaciones de impacto ambiental y de otros procesos de toma de decisiones ambientales que involucran la participación pública deberá realizarse a través de medios apropiados, que podrán incluir los medios escritos, electrónicos u orales, así como los métodos tradicionales, de forma efectiva y rápida. La información difundida deberá incluir el procedimiento previsto que permita al público ejercer las acciones administrativas y judiciales pertinentes.
10. Cada Parte establecerá las condiciones propicias para que la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales se adecúe a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público.
11. Cuando el público directamente afectado hable mayoritariamente idiomas distintos a los oficiales, la autoridad pública velará por que se facilite su comprensión y participación.
12. Cada Parte promoverá, según corresponda y de acuerdo con la legislación nacional, la participación del público en foros y negociaciones internacionales en materia ambiental o con incidencia ambiental, de acuerdo con las reglas de procedimiento que para dicha participación prevea cada foro. Asimismo, se promoverá, según corresponda, la participación del público en instancias nacionales para tratar asuntos de foros internacionales ambientales.
13. Cada Parte alentará el establecimiento de espacios apropiados de consulta en asuntos ambientales o el uso de los ya existentes, en los que puedan participar distintos grupos y

sectores. Cada Parte promoverá la valoración del conocimiento local, el diálogo y la interacción de las diferentes visiones y saberes, cuando corresponda.

14. Las autoridades públicas realizarán esfuerzos para identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación. Para estos efectos, se considerarán los medios y formatos adecuados, a fin de eliminar las barreras a la participación.
15. En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales.
16. La autoridad pública realizará esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y promoverá acciones específicas para facilitar su participación.
17. En lo que respecta a los procesos de toma de decisiones ambientales a los que se refiere el párrafo 2 del presente artículo, se hará pública al menos la siguiente información:
 - a) la descripción del área de influencia y de las características físicas y técnicas del proyecto o actividad propuesto;
 - b) la descripción de los impactos ambientales del proyecto o actividad y, según corresponda, el impacto ambiental acumulativo;
 - c) la descripción de las medidas previstas con relación a dichos impactos;
 - d) un resumen de los puntos a), b) y c) del presente párrafo en lenguaje no técnico y comprensible;
 - e) los informes y dictámenes públicos de los organismos involucrados dirigidos a la autoridad pública vinculados al proyecto o actividad de que se trate;

- f) la descripción de las tecnologías disponibles para ser utilizadas y de los lugares alternativos para realizar el proyecto o actividad sujeto a las evaluaciones, cuando la información esté disponible; y
- g) las acciones de monitoreo de la implementación y de los resultados de las medidas del estudio de impacto ambiental.

La información referida se pondrá a disposición del público de forma gratuita, de conformidad con el párrafo 17 del artículo 5 del presente Acuerdo.

Artículo 8

Acceso a la justicia en asuntos ambientales

1. Cada Parte garantizará el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso.
2. Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento:
 - a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental;
 - b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y
 - c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.
3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con:
 - a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental;
 - b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos;

- c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional;
 - d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;
 - e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;
 - f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y
 - g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.
4. Para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá:
- a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia;
 - b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo;
 - c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y
 - d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.
5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.

6. Cada Parte asegurará que las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, estén consignadas por escrito.
7. Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias.

Artículo 9

Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.
2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.
3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo.

Artículo 10

Fortalecimiento de capacidades

1. Para contribuir a la implementación de las disposiciones del presente Acuerdo, cada Parte se compromete a crear y fortalecer sus capacidades nacionales, sobre la base de sus prioridades y necesidades.

2. Cada Parte, con arreglo a sus capacidades, podrá tomar, entre otras, las siguientes medidas:
 - a) formar y capacitar en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos;
 - b) desarrollar y fortalecer programas de sensibilización y creación de capacidades en derecho ambiental y derechos de acceso para el público, funcionarios judiciales y administrativos, instituciones nacionales de derechos humanos y juristas, entre otros;
 - c) dotar a las instituciones y organismos competentes con equipamiento y recursos adecuados;
 - d) promover la educación, la capacitación y la sensibilización en temas ambientales mediante, entre otros, la inclusión de módulos educativos básicos sobre los derechos de acceso para estudiantes en todos los niveles educacionales;
 - e) contar con medidas específicas para personas o grupos en situación de vulnerabilidad, como la interpretación o traducción en idiomas distintos al oficial, cuando sea necesario;
 - f) reconocer la importancia de las asociaciones, organizaciones o grupos que contribuyan a formar o sensibilizar al público en derechos de acceso; y
 - g) fortalecer las capacidades para recopilar, mantener y evaluar información ambiental.

Artículo 11 **Cooperación**

1. Las Partes cooperarán para el fortalecimiento de sus capacidades nacionales con el fin de implementar el presente Acuerdo de manera efectiva.
2. Las Partes prestarán especial consideración a los países menos adelantados, los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo de América Latina y el Caribe.

3. A efectos de la aplicación del párrafo 2 del presente artículo, las Partes promoverán actividades y mecanismos tales como:
 - a) diálogos, talleres, intercambio de expertos, asistencia técnica, educación y observatorios;
 - b) desarrollo, intercambio e implementación de materiales y programas educativos, formativos y de sensibilización;
 - c) intercambio de experiencias sobre códigos voluntarios de conducta, guías, buenas prácticas y estándares; y
 - d) comités, consejos y plataformas de actores multisectoriales para abordar prioridades y actividades de cooperación.
4. Las Partes alentarán el establecimiento de alianzas con Estados de otras regiones, organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales, académicas y privadas, así como organizaciones de la sociedad civil y otros actores de relevancia en la implementación del presente Acuerdo.
5. Las Partes reconocen que se debe promover la cooperación regional y el intercambio de información con respecto a todas las manifestaciones de las actividades ilícitas contra el medio ambiente.

Artículo 12

Centro de intercambio de información

Las Partes contarán con un centro de intercambio de información de carácter virtual y de acceso universal sobre los derechos de acceso. Este centro será operado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en su calidad de Secretaría, y podrá incluir medidas legislativas, administrativas y de política, códigos de conducta y buenas prácticas, entre otros.

Artículo 13

Implementación nacional

Cada Parte, de acuerdo con sus posibilidades y de conformidad con sus prioridades nacionales, se compromete a facilitar medios de implementación para las actividades nacionales necesarias para cumplir las obligaciones derivadas del presente Acuerdo.

Artículo 14

Fondo de Contribuciones Voluntarias

1. Queda establecido un Fondo de Contribuciones Voluntarias para apoyar el financiamiento de la implementación del presente Acuerdo, cuyo funcionamiento será definido por la Conferencia de las Partes.
2. Las Partes podrán realizar contribuciones voluntarias para apoyar la implementación del presente Acuerdo.
3. La Conferencia de las Partes, conforme al párrafo 5 g) del artículo 15 del presente Acuerdo, podrá invitar a otras fuentes a aportar recursos para apoyar la implementación del presente Acuerdo.

Artículo 15

Conferencia de las Partes

1. Queda establecida una Conferencia de las Partes.
2. El Secretario Ejecutivo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe convocará la primera reunión de la Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Acuerdo. En lo sucesivo, se celebrarán reuniones ordinarias de la Conferencia de las Partes a los intervalos regulares que decida la Conferencia.
3. Se celebrarán reuniones extraordinarias de la Conferencia de las Partes cuando esta lo estime necesario.
4. En su primera reunión, la Conferencia de las Partes:
 - a) deliberará y aprobará por consenso sus reglas de procedimiento, que incluirán las modalidades para la participación significativa del público; y
 - b) deliberará y aprobará por consenso las disposiciones financieras que sean necesarias para el funcionamiento e implementación del presente Acuerdo.
5. La Conferencia de las Partes examinará y fomentará la aplicación y efectividad del presente Acuerdo. A ese efecto:

- a) establecerá por consenso los órganos subsidiarios que considere necesarios para la aplicación del presente Acuerdo;
- b) recibirá y examinará los informes y las recomendaciones de los órganos subsidiarios;
- c) será informada por las Partes de las medidas adoptadas para la implementación del presente Acuerdo;
- d) podrá formular recomendaciones a las Partes relativas a la implementación del presente Acuerdo;
- e) elaborará y aprobará, si procede, protocolos al presente Acuerdo para su posterior firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión;
- f) examinará y aprobará propuestas de enmienda al presente Acuerdo, de conformidad con las disposiciones del artículo 20 del presente Acuerdo;
- g) establecerá directrices y modalidades para la movilización de recursos, financieros y no financieros, de diversas fuentes para facilitar la implementación del presente Acuerdo;
- h) examinará y adoptará cualquier otra medida necesaria para alcanzar el objetivo del presente Acuerdo; y
- i) realizará cualquier otra función que el presente Acuerdo le encomiende.

Artículo 16 **Derecho a voto**

Cada Parte en el presente Acuerdo dispondrá de un voto.

Artículo 17 **Secretaría**

1. El Secretario Ejecutivo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe ejercerá las funciones de secretaría del presente Acuerdo.
2. Las funciones de la Secretaría serán las siguientes:

- a) convocar y organizar las reuniones de las Conferencias de las Partes y de sus órganos subsidiarios, prestando los servicios necesarios;
- b) prestar asistencia a las Partes, cuando así lo soliciten, para el fortalecimiento de capacidades, incluido el intercambio de experiencias e información y la organización de actividades, de conformidad con los artículos 10, 11 y 12 del presente Acuerdo;
- c) concretar, bajo la orientación general de la Conferencia de las Partes, los arreglos administrativos y contractuales necesarios para desempeñar con eficacia sus funciones; y
- d) llevar a cabo las demás funciones de secretaría establecidas en el presente Acuerdo y cualquier otra que determine la Conferencia de las Partes.

Artículo 18

Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento

1. Queda establecido un Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento como órgano subsidiario de la Conferencia de las Partes para promover la aplicación y apoyar a las Partes en la implementación del presente Acuerdo. Sus reglas de composición y funcionamiento serán establecidas por la Conferencia de las Partes en su primera reunión.
2. El Comité tendrá carácter consultivo, transparente, no contencioso, no judicial y no punitivo, para examinar el cumplimiento de las disposiciones del presente Acuerdo y formular recomendaciones, conforme a las reglas de procedimiento establecidas por la Conferencia de las Partes, asegurando una participación significativa del público y considerando las capacidades y circunstancias nacionales de las Partes.

Artículo 19

Solución de controversias

1. Si surge una controversia entre dos o más Partes respecto de la interpretación o de la aplicación del presente Acuerdo, esas Partes se esforzarán por resolverlo por medio de la

negociación o por cualquier otro medio de solución de controversias que consideren aceptable.

2. Cuando una Parte firme, ratifique, acepte o apruebe el presente Acuerdo o se adhiera a él, o en cualquier otro momento posterior, podrá indicar por escrito al Depositario, en lo que respecta a las controversias que no se hayan resuelto conforme al párrafo 1 del presente artículo, que acepta considerar obligatorio uno o los dos medios de solución siguientes en sus relaciones con cualquier Parte que acepte la misma obligación:
 - a) el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia;
 - b) el arbitraje de conformidad con los procedimientos que la Conferencia de las Partes establezca.
3. Si las Partes en la controversia han aceptado los dos medios de solución de controversias mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, la controversia no podrá someterse más que a la Corte Internacional de Justicia, a menos que las Partes acuerden otra cosa.

Artículo 20 **Enmiendas**

1. Cualquier Parte podrá proponer enmiendas al presente Acuerdo.
2. Las enmiendas al presente Acuerdo se adoptarán en una reunión de la Conferencia de las Partes. La Secretaría comunicará el texto de toda propuesta de enmienda a las Partes al menos seis meses antes de la reunión en que se proponga su adopción. La Secretaría comunicará también las propuestas de enmienda a los signatarios del presente Acuerdo y al Depositario, para su información.
3. Las Partes procurarán adoptar las enmiendas por consenso. En caso que una enmienda sea sometida a votación, se requerirá una mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión para ser adoptada.
4. El Depositario comunicará la enmienda adoptada a todas las Partes para su ratificación, aceptación o aprobación.

5. La ratificación, aceptación o aprobación de una enmienda se notificará por escrito al Depositario. La enmienda que se adopte con arreglo al párrafo 3 del presente artículo entrará en vigor para las Partes que hayan consentido en someterse a las obligaciones establecidas en ella el nonagésimo día contado a partir de la fecha de depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de al menos la mitad del número de Partes en el presente Acuerdo al momento en que se adoptó la enmienda. Desde esa fecha, la enmienda entrará en vigor para cualquier otra Parte que consienta en someterse a las obligaciones establecidas en ella el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la enmienda.

Artículo 21

Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. El presente Acuerdo estará abierto a la firma de todos los países de América Latina y el Caribe incluidos en el Anexo 1, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del 27 de septiembre de 2018 al 26 de septiembre de 2020.
2. El presente Acuerdo estará sujeto a la ratificación, la aceptación o la aprobación de los Estados que lo hayan firmado. Estará abierto a la adhesión de todos los países de América Latina y el Caribe incluidos en el Anexo 1 que no lo hayan firmado, a partir del día siguiente a la fecha en que expire el plazo para la firma del Acuerdo. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Depositario.

Artículo 22

Entrada en vigor

1. El presente Acuerdo entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
2. Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Acuerdo o que se adhiera a él después de haber

sido depositado el undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Acuerdo entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que dicho Estado haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 23 **Reservas**

No se podrán formular reservas al presente Acuerdo.

Artículo 24 **Denuncia**

1. En cualquier momento después de la expiración de un plazo de tres años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo respecto de una Parte, esa Parte podrá denunciar el presente Acuerdo mediante notificación hecha por escrito al Depositario.
2. La denuncia cobrará efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en la notificación.

Artículo 25 **Depositario**

El Secretario General de las Naciones Unidas será el Depositario del presente Acuerdo.

Artículo 26 **Textos auténticos**

El original del presente Acuerdo, cuyos textos en los idiomas español e inglés son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL los infrascritos, debidamente autorizados para ello, han firmado el presente Acuerdo.

HECHO en Escazú, Costa Rica, en el cuarto día de marzo de dos mil dieciocho.

Anexo 1

- Antigua y Barbuda
- Argentina (la)
- Bahamas (las)
- Barbados
- Belice
- Bolivia (Estado Plurinacional de) (el)
- Brasil (el)
- Chile
- Colombia
- Costa Rica
- Cuba
- Dominica
- Ecuador (el)
- El Salvador
- Granada
- Guatemala
- Guyana
- Haití
- Honduras
- Jamaica
- México
- Nicaragua
- Panamá
- Paraguay (el)
- Perú (el)
- República Dominicana (la)
- Saint Kitts y Nevis
- San Vicente y las Granadinas
- Santa Lucía
- Suriname
- Trinidad y Tabago
- Uruguay (el)
- Venezuela (República Bolivariana de) (la)

Secretaría Técnica

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos
Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina
y el Caribe (CEPAL)

Correo electrónico: principio10.lac@cepal.org

<http://www.cepal.org/acuerdodeescazu>

<https://observatoriop10.cepal.org/es>



Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)
Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)
www.cepal.org

XXVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO DE ANDORRA

21 de abril de 2021

COMPROMISO DE ANDORRA sobre Innovación para el Desarrollo Sostenible

Los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos reunidos [de forma virtual] bajo la presidencia de Andorra en el marco de la XXVII Cumbre Iberoamericana, que tiene por lema “Innovación para el Desarrollo Sostenible – Objetivo 2030. Iberoamérica frente al reto del Coronavirus”, deciden adoptar el **Compromiso de Andorra sobre Innovación para el desarrollo sostenible**, que recoge el acervo de las reuniones celebradas durante el período 2019-2020 sobre este tema, dando seguimiento a los trabajos de la Conferencia Iberoamericana.

En este marco, consideramos que:

- i. La XXVII Cumbre de Andorra se ha centrado en las posibilidades que ofrece la innovación como acelerador de la sostenibilidad, con la firme voluntad de promover efectos positivos y tangibles, no exclusivamente tecnológicos, que generen soluciones, tanto en el sector público como en el conjunto de nuestras sociedades, integrando el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones. La innovación comprende también la transformación de conductas, comportamientos y enfoques en la adaptación de las personas y de las instituciones, para promover patrones sostenibles de producción y consumo y mejorar nuestra capacidad colectiva de resiliencia ante la creciente interrelación entre crisis sanitarias, medioambientales, económicas y sociales.
- ii. El lema de esta Cumbre Iberoamericana nos invita a articular medidas innovadoras que fortalezcan los esfuerzos y aceleren la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, como camino común hacia un desarrollo inclusivo y sostenible en nuestras sociedades. Los elementos de esta herramienta fundamental son interdependientes, transversales y se deben alcanzar de manera integral, sin dejar a nadie atrás, aprovechando las oportunidades que genera la innovación desde las diferentes dimensiones del desarrollo sostenible.
- iii. En su trigésimo aniversario, la Conferencia Iberoamericana se consolida como una valiosa plataforma de cooperación para promover los procesos de cambio que conlleva la innovación. Su carácter multinivel, multiactor y multidimensional nos permite avanzar en el diseño de políticas públicas y en la implementación de la Agenda 2030, dada su vocación de cooperación internacional y de desarrollo de alianzas estratégicas en todas las esferas, nacional y local, pública y privada, de la sociedad civil y la comunidad científica y académica.

- iv. La inclusión por primera vez de un eje estratégico dedicado a fortalecer la Innovación, el Emprendimiento y la Transformación Digital en el Plan de Acción Cuatrienal de la Cooperación Iberoamericana, aprobado en la XXVI Cumbre Iberoamericana celebrada en la Antigua Guatemala, resulta clave para transversalizar estos conceptos en la Cooperación Iberoamericana que, en el actual contexto de crisis, se revelan esenciales para una recuperación sostenible e inclusiva.
- v. El mundo en su conjunto, e Iberoamérica en particular, está inmerso en un proceso de revisión de las políticas y medidas para afrontar los desafíos del futuro. La crisis multidimensional provocada por el COVID-19 ha acelerado la toma de conciencia global sobre la necesidad de implementar las reformas necesarias para establecer los fundamentos de un sistema económico sostenible que satisfaga simultáneamente los aspectos medioambientales, sociales, culturales y económicos de una manera amplia y sistémica.
- vi. Debemos aprovechar el contexto actual como oportunidad para reconstruir mejor, enfocando nuestros esfuerzos en una visión a largo plazo. Es necesario desarrollar las ventajas que ofrece la innovación para consolidar modelos, estructuras y sistemas de prevención, operacionalización, monitoreo y recuperación para enfrentar los efectos del cambio climático, el aumento de desastres o las crisis sanitarias.
- vii. El conocimiento científico y tecnológico debe ser el motor en la consecución de innovaciones desde un enfoque disruptivo. Debemos fortalecer los sistemas nacionales de ciencia, tecnología e innovación, asegurando la inversión en Investigación y Desarrollo (I&D), impulsando la cooperación entre ellos y la transferencia de conocimiento y tecnología innovadora hacia los países en desarrollo, garantizando una mejor accesibilidad a las tecnologías de la información y la comunicación y su acceso por parte de la ciudadanía.
- viii. Una participación efectiva de la ciudadanía en la toma de decisiones y en la gestión y evaluación de los asuntos públicos, así como la transparencia y la rendición de cuentas, son elementos esenciales para fomentar la confianza en nuestras instituciones, aumentando la eficacia y la calidad de la acción pública. El Gobierno digital y el Gobierno abierto son mecanismos de interacción con la ciudadanía cuya implementación debe reforzarse y adaptarse a los nuevos desafíos.
- ix. Ante la transformación de las cadenas globales y regionales de valor, nuestros gobiernos deben asumir un papel más activo en la transición hacia modelos de producción y consumo sostenibles e incluyentes como, entre otros, la economía circular y baja en emisiones de gases de efecto invernadero, con estrategias de innovación abierta y nuevas alianzas público-privadas, colaborando con empresas emergentes y MIPYMES, creando y financiando nuevos prototipos tecnológicos e incentivando la transformación digital.
- x. La pandemia del COVID-19 ha puesto de manifiesto el coste humano, social y económico de no haber innovado oportunamente ante estos grandes retos que debemos atender con urgencia. La ciencia, la tecnología y la innovación deben ser instrumentos que contribuyan a la erradicación de la pobreza y a la inclusión como

condición indispensable para el desarrollo sostenible, ayudando a garantizar, entre otros, el acceso universal al agua potable, la energía e Internet, creándose para ello mecanismos de inclusión que cierren las diferentes brechas y respondan eficientemente a las necesidades específicas de los grupos en situación de vulnerabilidad e históricamente excluidos, como los pueblos indígenas y los afrodescendientes, procurando la igualdad de oportunidades.

Para ello, suscribimos las siguientes decisiones:

Ciencia, Tecnología e Innovación

1. Destacar la aprobación de la Estrategia Iberoamericana de Innovación en la IV Reunión de Ministras, Ministros y Altas Autoridades de Ciencia, Tecnología e Innovación, que permite promover la recuperación socioeconómica y el alcance de las metas previstas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, incluyendo acciones específicas orientadas, entre otros ámbitos, a la innovación productiva, la innovación pública, la innovación abierta, la innovación social y la innovación universitaria o en otras instituciones de educación superior.
2. Fortalecer las alianzas estratégicas, la consolidación de ecosistemas de innovación y la cooperación en Ciencia, Tecnología e Innovación (CTI), con el propósito de desarrollar e implementar políticas públicas de forma transversal, inclusiva, integral, participativa, igualitaria, equitativa y democrática, que coadyuven a la implementación de la Agenda 2030.
3. Promover un encuentro y el intercambio entre los Ministerios de Ciencia, Tecnología e Innovación o las instituciones competentes en la materia y los de Economía y Hacienda de Iberoamérica, con la participación de los organismos financieros multilaterales y de los sectores empresarial y académico, para favorecer la concertación de esfuerzos con miras a incrementar la inversión pública y privada en CTI.
4. Implementar acciones específicas en el ámbito de la Sociedad Digital, con especial y urgente atención a la reducción y eliminación de la brecha digital, a la regulación de las formas de trabajo a distancia, la privacidad y la protección de datos, la veracidad de la información, los derechos en línea y la ciberseguridad, en el marco del mandato de impulsar una Agenda Digital Iberoamericana y promover la organización de un Foro Digital.
5. Incrementar la inversión en soluciones innovadoras de base tecnológica que respondan a las necesidades de las mujeres y las niñas y avancen en la consecución de la igualdad de género. Elaborar, asimismo, un plan de trabajo para incentivar y facilitar el acceso de las mujeres a la carrera de investigación en los campos de las Ciencias, la Tecnología, la Ingeniería y las Matemáticas (STEM por sus siglas en inglés), así como adoptar las medidas necesarias para eliminar las barreras que impiden su desarrollo profesional y acceso a cargos de liderazgo en estos campos.
6. Impulsar la generación de indicadores, plataformas permanentes de conocimiento compartido y el desarrollo de procesos de innovación que articulen diferentes formas de conocimiento, relacionando el conocimiento científico producido por las universidades y

centros de investigación con el de las empresas, los saberes tradicionales y los construidos por colectivos sociales, artistas, pueblos indígenas y afrodescendientes.

Innovación ciudadana e innovación abierta

7. Reconocer el aporte de los Laboratorios de Innovación Ciudadana (LABIC) impulsados por la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), que ofrecen un referente global de generación de innovación para el desarrollo sostenible, al incluir a la ciudadanía como un actor relevante de la cooperación y contribuir con iniciativas durante la crisis multidimensional que estamos atravesando, promoviendo espacios de colaboración entre la sociedad civil, los sectores académico y empresarial y los Gobiernos.
8. Apoyar la implementación de las estrategias de innovación abierta y colaborativa de los países iberoamericanos, así como reconocer los esfuerzos por potenciar la interacción entre grandes empresas, MIPYMES, empresas comunitarias, cooperativas y nuevos emprendimientos con representantes de la comunidad académica en el vínculo Academia-Empresa. Para ello, es necesario ofrecer capacitación a las PYMES y MIPYMES en el ámbito de las competencias digitales, atendiendo a la creciente importancia de la Economía Digital en el siglo XXI.
9. Incentivar la creación, el desarrollo y el escalamiento de empresas que buscan un impacto sostenible a través del Proyecto Cuarto Sector en Iberoamérica, iniciativa que pretende generar un ecosistema articulado para que prosperen estas empresas, adecuándolas a las estrategias de desarrollo sostenible y las particularidades de cada país.
10. Reconocer la capacidad de innovación de la sociedad civil en los distintos campos en los que se vienen desarrollando y que se han multiplicado a partir de la crisis. En este sentido, es necesario un entorno, a todos los niveles, que favorezca el desarrollo de espacios de diálogo y sinergias con las organizaciones sociales, abarcando aspectos normativos y de financiación.

Medio Ambiente

11. Desarrollar las acciones que configuran la Agenda Medioambiental Iberoamericana y el compromiso con el proceso multilateral para hacer frente a las causas y los efectos adversos del cambio climático, la pérdida de la biodiversidad y la degradación de los suelos, según lo acordado en septiembre de 2020, durante la X Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Medio Ambiente, celebrada de nuevo después de once años.
12. Integrar la dimensión medioambiental a las políticas de recuperación de las múltiples crisis, brindando especial atención a la asignación de recursos para el desarrollo sostenible, garantizando el Principio de No Regresión Ambiental. La inversión pública y privada y el sistema financiero internacional, incluidas las instituciones financieras multilaterales y los fondos bilaterales de cooperación, juegan un papel primordial en la reactivación económica y deben incorporar esta variable, participando en la promoción de los bienes y servicios ecosistémicos y de la acción climática, y movilizar recursos financieros adicionales para los países en desarrollo.

13. Explorar las ventajas que ofrece la innovación, asociada tanto al conocimiento científico como a los conocimientos tradicionales, para acelerar la acción climática desarrollando y consolidando tecnologías y fuentes de energía limpias y bajas en emisiones de gases de efecto invernadero, así como sistemas de prevención, monitoreo y recuperación que enfrenten el aumento de la frecuencia e intensidad de los eventos externos, desastres provocados por fenómenos naturales y crisis sanitarias. Impulsar, asimismo, la incorporación progresiva de fuentes de energía renovables en los procesos productivos, con énfasis en la industria y el transporte pesado, para avanzar hacia el objetivo del desarrollo sostenible.
14. Avanzar hacia circuitos más eficientes, como, entre otros, la economía circular, que mejoren las cadenas de producción, suministro y valor, así como la calidad del consumo, reduciendo la contaminación y la generación de residuos, y en el caso de su producción valorizarlos y gestionarlos adecuadamente. La educación y la promoción de conductas más sostenibles son instrumentos esenciales para abordar estos desafíos con un enfoque basado en la conservación y en el uso sostenible de la naturaleza que respete la biodiversidad, aprovechando las amplias oportunidades de inversión, beneficio y empleo que ofrecen estos modelos, tomando en cuenta la diversidad cultural de sus poblaciones.
15. Apoyar el trabajo coordinado a todos los niveles, involucrando a todos los actores y reforzando la cooperación internacional, tanto técnica como financiera, para la promoción de modelos sostenibles, equitativos e innovadores de desarrollo económico y social, destacando el papel que juegan las redes existentes, los observatorios y centros de investigación e innovación iberoamericanos en el seguimiento de sus impactos.
16. Tomar nota del segundo informe del Observatorio de La Rábida sobre "Innovación para el desarrollo sostenible". La investigación y los procesos de innovación tienen un papel fundamental en la conservación, restauración y uso sostenible de los ecosistemas, y apostamos por replicar, con las debidas adaptaciones, experiencias y prácticas exitosas, con el propósito de fortalecer las alianzas estratégicas en Iberoamérica, de acuerdo con las prioridades y capacidades nacionales.

Administración Pública

17. Adoptar soluciones innovadoras para promover la participación e implicación de la ciudadanía en la toma de decisiones y en la gestión de los asuntos públicos, la rendición de cuentas y en la definición y evaluación de las políticas públicas, elementos esenciales para fortalecer la confianza en nuestras instituciones, apuntando a los objetivos de simplificación administrativa, modernización tecnológica y gestión con enfoque de derechos. El Gobierno Digital y el Gobierno Abierto son mecanismos de comunicación con la ciudadanía que deben reforzarse.
18. Impulsar una sociedad digital, diversa e inclusiva, con perspectiva de género e intergeneracional, regulada y transparente, como fuente de desarrollo sostenible y de resiliencia. Reconocemos por ello la importancia del acceso de banda ancha para todos los países, lo que supone fortalecer la cooperación internacional, así como la transferencia de tecnologías y conocimientos hacia los países en desarrollo.

19. Encaminar la Administración Pública hacia la innovación, entendida como los cambios y procesos de mejora continua en las organizaciones y sus procedimientos, con una visión de servicio público y una mejor evaluación y perspectiva de carrera para los trabajadores y las trabajadoras. El cambio cultural y la adaptación de conductas, así como la colaboración entre actores, también son innovación.
20. Impulsar la cuarta revolución industrial en el seno de nuestras administraciones públicas, abriendo espacios y promoviendo el uso de tecnologías emergentes como la inteligencia artificial, la implementación de robots, el Big Data, la nanotecnología, la Internet de las cosas y otras herramientas que generen valor público. Reforzar, asimismo, las competencias digitales de las administraciones públicas para adaptarlas a las nuevas exigencias del Gobierno Digital y del Gobierno Abierto.
21. Reconocer la pertinencia de desarrollar una legislación completa sobre el trabajo remoto o a distancia, con perspectiva de género, y avanzar en la instauración de medidas que favorezcan la conciliación personal, familiar y laboral. La crisis del COVID-19 ha acelerado la transformación hacia un trabajo fundamentado en objetivos y resultados, la modificación de los indicadores de eficacia y calidad de las tareas y de los modelos de evaluación de las empleadas y los empleados.
22. Apoyar la puesta en marcha de la Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública promovida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y, en la medida de lo posible, utilizar los instrumentos establecidos en ella como mecanismos substantivos que permitan a nuestros Gobiernos ahondar en el proceso de implementación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible y proseguir en la mejora de los sistemas de decisión pública.
23. Incorporar la perspectiva de género en las administraciones de manera transversal para avanzar hacia un verdadero desarrollo sostenible, en particular en la elaboración de presupuestos, para transformar la forma en que se administran y gestionan los servicios públicos y optimizar los recursos del Estado.
24. Avanzar en la implementación de la innovación pública, como metodología de concertación que responde a los retos públicos que se plantean los actores sociales. La innovación abierta es la base más robusta de la innovación pública, al pasar de crear para las personas a crear valor con ellas, aprovechando la inteligencia colectiva y fortaleciendo la legitimidad democrática.
25. Reconocer el importante aporte de los diferentes actores de la Conferencia Iberoamericana en el impulso de la innovación pública y saludar el estudio, presentado por la SEGIB en el informe "Instituciones que aprenden", que propone el Modelo Hexagonal de la Innovación Pública (HIP) para el análisis de la innovación en las instituciones iberoamericanas. Por todo ello, instamos a la SEGIB a estudiar posibles acciones que promuevan procesos de innovación en la institucionalidad pública a través de alianzas estratégicas entre actores y orientadas al desarrollo sostenible.

Seguridad y Salud en el trabajo

26. Destacar el diseño y la elaboración de la III Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo 2021-2025 por parte de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, alineada con los Objetivos de la Agenda 2030, que contribuirá al desarrollo de instrumentos específicos con enfoque de género para garantizar la seguridad y la salud en las nuevas formas de organización del trabajo, fortalecer la incorporación de los sectores informales en la economía formal, promover el empleo joven, con especial atención a las mujeres, así como a la población migrante, a los indígenas y afrodescendientes, atender las demandas de accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan acceder al trabajo e impulsar la prevención y eliminación de cualquier forma de discriminación.

Seguridad Vial

27. Empezar acciones para alcanzar los objetivos en materia de seguridad vial de la Agenda 2030, recordando que los siniestros de tránsito son la octava causa de muerte en Iberoamérica. Asimismo, adoptar medidas basadas en la evidencia científica y promover la adhesión a los instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas sobre seguridad vial. Una movilidad más segura y sostenible tiene un impacto positivo en otros ámbitos como el medio ambiente, la igualdad y la salud pública.

Educación Superior

28. Impulsar acciones estratégicas y presupuestarias que permitan fomentar la innovación, la investigación y la transferencia tecnológica en las instituciones de educación superior y promover que ésta se oriente, según corresponda, a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, contribuyendo así al logro de los objetivos y metas en ella establecidos, en el marco de los correspondientes planes de desarrollo nacionales y de los compromisos de nuestros Estados.
29. Encomendar a la SEGIB la formulación de una Estrategia Iberoamericana para la Transformación Digital de la Educación Superior, a partir de un diagnóstico de la situación actual, estudiando la posibilidad de incluir la puesta en marcha de una plataforma para la difusión e intercambio de buenas prácticas en la materia.
30. Reforzar las instituciones de educación superior como espacios de ciencia, tecnología e innovación, el emprendimiento de base científico-tecnológica y la educación permanente, bajo el concepto de innovación abierta y en colaboración con el sector empresarial iberoamericano, promoviendo sistemas de reconocimiento de las actividades de transferencia de conocimiento en la carrera académica del personal docente e investigador de las universidades.
31. Propiciar con las instituciones de educación superior y otros actores pertinentes, la elaboración y uso compartido de recursos para la enseñanza y el aprendizaje que favorezcan la incorporación de la innovación, el emprendimiento, la sostenibilidad, la pertinencia cultural, la igualdad de género y el conocimiento de la Agenda 2030 como parte

de la *currícula* universitaria, con el fin de que estos conocimientos y competencias sean desarrollados en el ámbito profesional, social y personal de los egresados y las egresadas.

32. Celebrar la constitución del Sistema Iberoamericano de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (SIACES) y promover la constitución de la Red Iberoamericana de Información de la Educación Superior, para favorecer un mejor conocimiento mutuo y de los sistemas universitarios, evidenciar las tendencias tecnológicas y su impacto en los modelos de enseñanza, así como mostrar las necesidades formativas generadas por la transformación del paradigma industrial y los objetivos de sostenibilidad, sin perjuicio de la autonomía de las universidades e instituciones de educación superior.

Educación

33. Promover políticas y modelos de aprendizaje que contribuyan al fomento de escuelas y sistemas educativos innovadores, inclusivos y de calidad, con perspectiva de género, resilientes y comprometidos con la sostenibilidad y el medio ambiente, y ofrecer oportunidades de aprendizaje, para todos, durante toda la vida, favoreciendo así el logro de los objetivos y metas establecidos por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de manera transversal, en el marco de los correspondientes planes de desarrollo nacionales.
34. Fomentar la interrelación de las escuelas y la comunidad educativa con los agentes sociales, económicos, locales y nacionales, con miras a generar sinergias y promover la colaboración con entidades sociales, culturales y empresariales, entre otros actores, para plantear al alumnado retos de innovación y emprendimiento con impacto sobre su entorno, creando valor desde una perspectiva ética y de transformación social.
35. Formular un plan de acción para la necesaria transformación digital en la educación a partir de un diagnóstico de la situación actual y desde una perspectiva integral, para avanzar en la incorporación de recursos digitales en los procesos de enseñanza y aprendizaje, garantizando la calidad y la mayor equidad en la atención a las personas en situación de vulnerabilidad, sin conectividad o con mala conectividad, rurales, en situación de aislamiento y/o históricamente discriminados.
36. Promover la capacitación y la formación continua del personal docente, como agentes clave del proceso de enseñanza-aprendizaje y desarrollo integral, dotando al profesorado de los medios y competencias digitales para adaptarse a entornos virtuales e híbridos mediante la aplicación de metodologías de enseñanza no presencial.
37. Promover que todo el alumnado pueda beneficiarse del gran potencial inclusivo y compensador de la educación virtual, facilitando la conectividad, los medios y las herramientas necesarias y fortaleciendo políticas públicas afirmativas de educación, con enfoque diferenciado e inclusivo, para no dejar a nadie atrás.

Cultura

38. Afianzar las potencialidades socioeconómicas de las industrias culturales y creativas, así como impulsar el desarrollo productivo, la creación de empleo de calidad y el rol que en ello juega la formulación de políticas culturales innovadoras y el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).
39. Solicitar a la SEGIB y a la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) que impulsen la generación de esquemas innovadores de colaboración intersectorial y de alianzas entre instituciones internacionales, nacionales, locales y no gubernamentales, para mejorar la incidencia de la cultura como transformadora de realidades locales en el marco de la Agenda 2030.
40. Destacar la formulación de la Estrategia Iberoamericana de Cultura y Desarrollo Sostenible, que promueve acciones conjuntas y concretas en Iberoamérica para el fortalecimiento de la diversidad cultural, el patrimonio y las industrias creativas y culturales, que fue presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Cultura y Desarrollo Sostenible celebrado de manera virtual desde México en noviembre del 2020.
41. Generar información, datos y evidencias para tomar mejores decisiones en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas culturales e incidir intersectorialmente de manera más efectiva, profundizando el trabajo en las Cuentas Satélites de cultura, los observatorios, los centros de pensamiento y los sistemas integrados de información cultural.
42. Promover diálogos intersectoriales y acciones de la cooperación regional en materia de derechos de autor y, especialmente, en la lucha contra las vulneraciones de la propiedad intelectual, para favorecer la profesionalización del sector, garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de creación y contribuir a un progreso en el ámbito digital sostenible de las industrias culturales y creativas.

Inclusión social

43. Atender las necesidades más apremiantes de alimentación y seguridad alimentaria y nutricional de las poblaciones en situación de vulnerabilidad, especialmente niños, niñas y adolescentes, destacando que los sistemas de producción y distribución alimentaria innovadores y sostenibles son esenciales para alcanzar el ODS 2, Hambre Cero. En este contexto, apoyamos la iniciativa para crear una Alianza Iberoamericana Parlamentaria de lucha contra el hambre y la malnutrición, que cuenta con el apoyo de la FAO, del PARLATINO, del Parlamento Europeo y de varios Gobiernos iberoamericanos.
44. Promover instrumentos innovadores de inclusión para las personas con discapacidad en situación de mayor vulnerabilidad, atendiendo las interseccionalidades de las desigualdades existentes en Iberoamérica que afectan principalmente a las mujeres, así como a personas adultas mayores, jóvenes, adolescentes, niñas y niños, pueblos indígenas y población afrodescendiente.

45. Reconocer el valor de la innovación para el desarrollo del acceso y uso de nuevas tecnologías, en particular en la mejora de la accesibilidad al Internet y a los diferentes medios digitales para la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad y sus familias.
46. Fomentar el acceso, la permanencia y la promoción de las personas con discapacidad a todos los niveles del sistema general de educación, promoviendo el aprendizaje a lo largo de toda la vida, asegurando los ajustes razonables y acceso a los apoyos educativos necesarios, tanto humanos como tecnológicos, con prioridad a aquellas personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

Turismo Sostenible

47. Fomentar la identidad como valor fundamental del turismo sostenible en Iberoamérica, basada en el patrimonio material e inmaterial, la diversidad cultural, el paisaje, la biodiversidad, el talento, las tradiciones, la hospitalidad, la gastronomía, la artesanía, la historia, la música y las industrias culturales y creativas, entre otros temas. Por ello, promovemos el posicionamiento de la identidad turística mediante la construcción de una narrativa común para Iberoamérica.
48. Promover y aprovechar las herramientas multilaterales para el conocimiento de las dinámicas y los efectos del turismo y su impacto sobre el desarrollo sostenible, analizando la situación de los observatorios de turismo que existen en Iberoamérica e impulsando la creación en los países que aún no los tienen.
49. Enfocar el turismo sostenible como una oportunidad de desarrollo económico y social para los tres actores principales del turismo: la población receptora, los visitantes y los profesionales del sector, así como poner de relieve la importancia de la educación, la capacitación, la preservación y la valorización de los recursos culturales y naturales en materia de turismo, como apuesta segura para mejorar las condiciones de crecimiento cualitativo del sector y el bienestar de nuestras sociedades, sin alterar sus tradiciones.
50. Impulsar una Agenda Iberoamericana para la aplicación y el aprovechamiento de la tecnología en el sector turístico, promoviendo la articulación de propuestas basadas en la calidad y diversificación de la prestación de los servicios turísticos, la innovación y la inteligencia artificial, entendiendo la tecnología (Internet, 5G, Big Data, y otros) como una aliada en la implementación de los nuevos modelos de desarrollo y de negocios en Iberoamérica.
51. Apoyar la gastronomía y las cocinas tradicionales por su gran valor turístico, por su relación intrínseca e indisoluble con la cultura iberoamericana y por ser unos de los sectores que tienen mayor impacto económico, social y medioambiental en nuestros países. Consideramos que el ecosistema gastronómico y las cocinas tradicionales son una red de valor donde el turismo, el medio ambiente, la salud, el comercio, la innovación, la cultura y el conocimiento ancestral y el emprendimiento, entre otros campos, se relacionan recíprocamente. En este sentido, instamos a la SEGIB a seguir trabajando en la elaboración del Plan Iberoamericano de Gastronomía y Alimentación hacia la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (PIGA2030).

XXVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO DE ANDORRA

21 de abril de 2021

DECLARACIÓN DE ANDORRA

Innovación para el Desarrollo Sostenible – Objetivo 2030. Iberoamérica frente al reto del Coronavirus

TEXTO DE LA PRESIDENCIA

La XXVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, realizada [de forma telemática] bajo la presidencia de Andorra, manifestó la necesidad de implementar acciones comunes para superar los efectos de la crisis sanitaria global producida por la pandemia del Coronavirus SARS-CoV-2 (causante del COVID-19), que por más de un año ha golpeado a todos nuestros pueblos, por lo que debemos centrar los esfuerzos hacia una recuperación inclusiva que nos permita avanzar en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), aprovechando las herramientas que ofrece la innovación.

Reafirmó que la Conferencia Iberoamericana se ha consolidado como espacio de diálogo, cooperación y concertación política treinta años después de que, en 1991, la ciudad de Guadalajara, México, acogiera por primera vez a los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos con el propósito de renovar los lazos históricos, políticos, sociales y culturales que nos unen como comunidad.

En ese contexto, los Jefes de Estado y de Gobierno

1. Manifestaron su pesar por los miles de víctimas que la pandemia está causando en la Comunidad Iberoamericana, en especial entre las personas mayores. De igual manera, su solidaridad hacia quienes siguen recuperándose de sus efectos o han perdido a seres queridos.
2. Reconocieron la extraordinaria labor y los encomiables esfuerzos que realiza el personal de salud para afrontar la crisis sanitaria generada por el COVID-19, tratando con gran calidad humana a quienes han sido afectados por la pandemia. Cuidar de ellos y ellas es cuidar de toda la ciudadanía.
3. Afirmaron que los efectos devastadores de la pandemia requieren una respuesta global, coordinada, solidaria y mancomunada, que enfrente el gran reto de la reconstrucción inclusiva y resiliente de nuestras economías, y afiance el desarrollo sostenible y principalmente la lucha contra la pobreza y la desigualdad, garantizando a la población la protección social en todos sus ámbitos.

- Destacaron que el lema escogido por Andorra para esta Cumbre resulta más vigente en este nuevo escenario y que la innovación es una herramienta fundamental. Por ello adoptaron el **Compromiso de Andorra sobre Innovación para el Desarrollo Sostenible** como documento transversal de la Conferencia Iberoamericana.
- Señalaron que la pandemia del COVID-19 ha puesto de manifiesto el potencial del desarrollo científico y tecnológico para afrontar los retos actuales, así como las consecuencias de no innovar en el mundo digital.
- Coincidieron en la importancia de alcanzar una sociedad digital inclusiva, regulada, segura y transparente, como fuente de desarrollo sostenible que permita eliminar las brechas digitales entre los países y dentro de ellos.

La respuesta internacional

- Abogaron por el fortalecimiento del multilateralismo por ser el instrumento más eficaz para coordinar las acciones definidas por los Estados, así como para compartir experiencias y encontrar las soluciones sanitarias, sociales, económicas y medioambientales, basadas en el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional, que permitan una mejor recuperación en todos los países.
- Urgieron a la comunidad internacional y a la industria farmacéutica a enfrentar la pandemia global de forma más equitativa y solidaria, garantizando el derecho a la salud, permitiendo que el acceso, la compra y la distribución de las vacunas, instrumentos preventivos, pruebas de laboratorio, reactivos y materiales de apoyo, suministros médicos esenciales, nuevos diagnósticos y medicamentos a precios accesibles sean universales, y evitando el acaparamiento de las mismas por parte de los países que tienen mayor poder o influencia económica, para que no prevalezcan, de este modo, los intereses financieros sobre la salud pública.
- Insistieron en que se propicie la distribución urgente y equitativa de vacunas seguras y eficaces en el marco de los esfuerzos que lleva adelante la alianza de colaboración mundial COVAX, en la que están comprometidos 190 países bajo el auspicio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otras organizaciones multilaterales, para lograr que sean un bien público de cobertura universal.
- Manifestaron su disponibilidad a tomar como referencia la Declaración de Doha de 2001 relativa al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS) y la Salud Pública, para desarrollar, frente a la crisis del Coronavirus, propuestas flexibles de alcance global que permitan cuanto antes el acceso y distribución equitativa a tecnologías, medicamentos y vacunas. Asimismo, tomaron nota de la propuesta de los países del G7 para aumentar la producción de vacunas mediante la cesión voluntaria de licencias.
- Destacaron la importancia de reforzar el Sistema de preparación y respuesta ante emergencias de Salud Pública de la OMS, fortalecer la implementación del Reglamento Sanitario Internacional y saludaron las iniciativas multilaterales puestas en marcha por algunos países iberoamericanos, que buscan mejorar la capacidad de respuesta frente a la pandemia del COVID-19 y otras futuras amenazas epidemiológicas.

12. Resaltaron la necesidad de mejorar la gestión integral del riesgo de desastres y la adaptación a los efectos del cambio climático y aumentar la colaboración y la asistencia humanitaria internacional para responder a las crisis y emergencias naturales, humanas y biológicas que afectan a muchas comunidades en la actualidad.

Una recuperación económica incluyente y sostenible

13. Reiteraron su voluntad de dar respuestas concretas y efectivas para enfrentar la crisis multidimensional provocada por la pandemia y así mitigar y solucionar los problemas o carencias que han surgido en los países iberoamericanos, como la disminución de la actividad económica, el aumento de la desigualdad y de la exclusión social, la pobreza extrema o el desempleo, para lograr lo antes posible la recuperación económica y social sostenible que exige la ciudadanía y que solo podrá alcanzarse en un contexto de solidaridad global, intrageneracional e intergeneracional.
14. Reconocieron la importancia del Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), desarrollado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Universidad de Oxford, como herramienta para orientar políticas públicas dirigidas a reducir la pobreza en todas sus formas y dimensiones, atendiendo a la necesidad de identificar los impactos diferenciados producidos por la pandemia y la dificultad de medirlos únicamente con instrumentos basados en el nivel de ingreso, que no toman en cuenta las múltiples carencias que enfrentan las personas en condición de pobreza.
15. Consideraron que los organismos multilaterales de financiamiento para el desarrollo deben ser fortalecidos para lograr un mayor impacto ante las crisis multidimensionales, y contribuir de forma decidida, transparente y eficiente al desarrollo sostenible, a través del acceso justo e inclusivo a mecanismos innovadores y efectivos de financiación y otras modalidades de cooperación, que estén ligados a estrategias de transformación tecnológica y productiva y de desarrollo social, así como a políticas medioambientales de medio y largo plazo.
16. Señalaron que es necesario mantener el diálogo con los mercados y las instituciones financieras internacionales con el fin de flexibilizar los criterios de elegibilidad, los mecanismos y procesos de desembolso y de pagos, e implementar medidas para el tratamiento de la deuda externa, en periodos de crisis sistémicas y establecer medidas de ayuda adicionales sin tomar en cuenta la clasificación de los países de acuerdo con su nivel de renta, así como promover el cumplimiento de los compromisos internacionales de Ayuda Oficial al Desarrollo y evaluar la mejor manera de ampliar los instrumentos para incrementar la asistencia financiera, técnica y tecnológica.
17. Exhortaron a la comunidad internacional a intensificar medidas coordinadas para mantener la estabilidad de los mercados financieros y las cadenas mundiales de suministro mediante la eliminación de las barreras innecesarias al comercio internacional, especialmente para los productos alimenticios, farmacéuticos y médicos relacionados con el COVID-19, conforme a las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), a fin de facilitar un flujo comercial sin obstáculos y promover la recuperación económica alineada a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.
18. Se comprometieron a continuar promoviendo un sistema multilateral de comercio basado en reglas, abierto, inclusivo, no discriminatorio y equitativo en el marco de la OMC, con el objetivo de alcanzar acuerdos comprensivos y efectivos en la 12ª Conferencia Ministerial de la OMC en 2021.

19. Promovieron el estudio y la adopción de un marco multilateral de valoración de riesgos financieros y macroeconómicos que incorpore la particularidad de la situación provocada por el COVID-19 y de las medidas de respuesta, al que puedan adherirse las agencias calificadoras, para evitar que las rebajas de la calificación crediticia supongan un agravamiento adicional de la situación, en consonancia con el importante acervo de la Conferencia Iberoamericana en esta materia.
20. Pusieron de relieve la necesidad de desvincular el crecimiento económico de la degradación medioambiental, adecuar la economía para potenciar la distribución de recursos a nivel local, mejorando las cadenas de suministro y de valor, reduciendo la generación de desechos, y aumentar la complementariedad de nuestras economías.

La Cooperación Iberoamericana

21. Manifestaron que la crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19 ha evidenciado la vulnerabilidad de las sociedades iberoamericanas ante el aumento de eventos externos bruscos, disruptivos y de gran impacto, reiterando la urgencia de acelerar una transformación vital hacia el desarrollo sostenible. La Agenda 2030 y su compromiso de no dejar a nadie atrás emergen como una gran herramienta acordada entre todos, que nos compromete en favor de la cooperación a escala global y, en este sentido, subrayaron la importancia de la Cooperación Iberoamericana para acelerar la recuperación y la salida de esta crisis.
22. Animaron a la SEGIB a continuar los esfuerzos de concienciación, sensibilización y formación de todos los actores de la Conferencia Iberoamericana, sobre los retos de la sociedad global. En este sentido, aprobaron la creación de la **Iniciativa sobre Ciudadanía Global para el Desarrollo Sostenible** que formará parte de los esfuerzos nacionales y de Iberoamérica para la consecución de los ODS.
23. Celebraron la evolución de la Cooperación Iberoamericana durante los últimos 30 años, consolidada como un espacio eficaz de articulación y diálogo intergubernamental, horizontal, multiactor, multinivel y multisectorial, que ha fortalecido principalmente el sistema de Programas, Iniciativas y Proyectos Adscritos Iberoamericanos, impulsando a la vez políticas públicas innovadoras, sinergias y alianzas con las diferentes redes iberoamericanas, otros foros y actores, fomentando ayudas solidarias y eficientes.
24. Aprobaron el **Programa de Acción de la XXVII Cumbre Iberoamericana de Andorra** que recoge mandatos, propuestas y acciones concretas en materia de Cooperación Iberoamericana.
25. Destacaron el papel de la Cooperación Sur-Sur y Triangular, internacionalmente reconocidas como herramientas eficaces de apoyo para la consecución de los ODS, en respuesta a los desafíos de las crisis multidimensionales, tal y como reconoce el Documento final de Buenos Aires de la Segunda Conferencia de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre la Cooperación Sur-Sur (2019).
26. Sostuvieron que la enfermedad de Chagas, constituye todavía un serio problema sanitario y social tanto en áreas endémicas como en áreas en que la misma es emergente. Por ello, decidieron aprobar la **Iniciativa sobre Chagas congénito: "Ningún bebé con Chagas: el camino hacia nuevas generaciones libres de Chagas"**, dirigido a detectar la enfermedad en el embarazo o en el recién nacido, mediante controles prenatales y

tratamientos pediátricos en los sistemas nacionales de salud, donde las condiciones lo permitan.

27. Reiteraron su compromiso con los pueblos indígenas de América Latina y con el ejercicio efectivo de sus derechos en condiciones de igualdad con sus conciudadanos/as, así como con la defensa y promoción de sus derechos culturales y lingüísticos. En esta dirección, aprobaron la **Iniciativa Instituto Iberoamericano de Lenguas Indígenas (IIALI)**, que fomentará la conservación y el desarrollo de las lenguas indígenas habladas en América Latina, a través del diseño e implementación de políticas lingüísticas y culturales para el fomento de su uso, promoción y preservación.

Hacia un papel innovador del Estado

28. Afirieron que la pandemia ha demostrado la importancia de fortalecer el papel y la capacidad de los Estados y sus Administraciones Públicas para actuar con eficacia y rapidez en situaciones inesperadas y para promover la transformación hacia una sociedad más justa, sostenible, equitativa, equilibrada, solidaria y que no deje a nadie atrás.
29. Señalaron que los Gobiernos son responsables del diseño e implementación de las políticas públicas necesarias para contrarrestar los efectos de la pandemia, si bien la acción gubernamental no es suficiente por sí sola. Para lograr soluciones efectivas, se requiere del compromiso y la colaboración de la ciudadanía y de todos los actores estratégicos para que el desarrollo económico y social garantice la salud, la sostenibilidad y la protección del medio ambiente.
30. Alentaron la creación de ecosistemas de innovación, conectando los gobiernos nacionales, regionales y locales, el sector privado, la academia, los centros de investigación y la sociedad civil, teniendo en cuenta la legislación específica de cada país, para contribuir a fortalecer alianzas estratégicas al servicio del desarrollo sostenible.
31. Se comprometieron a intensificar las políticas integrales, solidarias y efectivas de apoyo económico y social, a efectos de paliar el impacto diferenciado de la crisis sobre los grupos en situación de vulnerabilidad, que son los que históricamente están más expuestos a situaciones de desempleo, pobreza y discriminación. Para ello, es esencial contar con sistemas de salud y protección social universales, integrales y eficaces, con servicios públicos de calidad y mayor inversión pública, garantizando los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones iberoamericanas, y fortaleciendo la legislación nacional en materia ambiental.
32. Reafirmaron la necesidad de políticas para el fomento del trabajo decente y la incorporación en el sistema laboral de los sectores informales de la economía, prestando especial atención a las mujeres, así como a las personas jóvenes, personas mayores y a las personas con discapacidad, avanzando, de forma consensuada, hacia nuevos pactos fiscales que permitan dar sostenibilidad a todas estas respuestas.
33. Manifestaron que situaciones inesperadas como la crisis multidimensional provocada por el COVID-19 abren la oportunidad para formular un nuevo pacto social fundamentado en la solidaridad y la justicia social, los derechos humanos, la recuperación del crecimiento económico, el desarrollo sostenible e inclusivo, la conservación, la restauración y el uso sostenible de la biodiversidad, la respuesta al cambio climático, la innovación y una nueva visión del papel del Estado y de lo público.

Terrorismo, delincuencia organizada transnacional y otros delitos conexos.

34. Expresaron su compromiso de combatir el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, incluyendo los casos en los que hay Estados directa o indirectamente involucrados, con estricto apego al derecho internacional, a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, y el derecho internacional humanitario. Manifestaron también su preocupación por la creciente amenaza de la delincuencia organizada transnacional y otros delitos conexos, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, el tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, el lavado de dinero y la corrupción, que representan una grave amenaza para el bienestar y la seguridad de la ciudadanía, así como para el crecimiento, el desarrollo económico y, en algunos contextos, la estabilidad democrática y el Estado de Derecho. En este sentido, es imperativo reforzar, de forma dinámica e innovadora, la cooperación internacional en esta materia.

Medio Ambiente

35. Reconocieron que más de cinco años después de la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y del Acuerdo de París sobre el cambio climático, los datos demuestran que es necesario intensificar el esfuerzo global para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, una respuesta internacional coordinada y un mayor impulso en los compromisos en materia de mitigación, adaptación y en los medios de implementación, así como un incremento sustantivo en los recursos financieros concesionales, transferencia de tecnologías y fomento de las competencias, según el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales, teniendo en cuenta las limitaciones para el desarrollo de los países sin litoral y de los países insulares.
36. Manifestaron que la pandemia del COVID-19 ha evidenciado la relación entre las crisis sanitarias y la crisis medioambiental. El manejo inadecuado de los hábitats naturales, el comercio ilegal de especies y la pérdida de biodiversidad aumentan el riesgo de epidemias provenientes del reino animal y la fauna silvestre. La disminución de superficie de los ecosistemas naturales, así como los efectos de la contaminación y el cambio climático, representan un enorme coste social, económico y sanitario.
37. Afirmaron que la recuperación económica de la crisis generada por el COVID-19 debe integrar la dimensión medioambiental sin que el impacto de la pandemia frene la capacidad de los Gobiernos y de los demás actores relevantes, incluyendo el sector privado, para asignar recursos a la promoción de un desarrollo sostenible inclusivo y catalizador de inversiones, especialmente en infraestructura sostenible y tecnologías limpias e innovadoras.
38. Manifestaron su satisfacción por la realización, 11 años después, de la X Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Medio Ambiente, llevada a cabo en setiembre de 2020, y por la decisión de impulsar la **Agenda Medioambiental Iberoamericana**, comprometida con el proceso multilateral para hacer frente a las causas y los efectos adversos del cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la degradación de los suelos.
39. Sostuvieron que el acceso al agua potable y al saneamiento básico es un derecho esencial por lo que es necesario garantizar su prestación y distribución en el marco de una gestión integrada de los recursos hídricos para contribuir al logro del ODS 6: Agua limpia y saneamiento y enfrentar la propagación del COVID-19.

40. Tomaron nota del **Informe sobre Innovación para el Desarrollo Sostenible** elaborado por el Observatorio Iberoamericano de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático de La Rábida, Huelva, que muestra la importancia de la innovación en Iberoamérica y la urgencia de conservar, proteger y restaurar sus recursos naturales como activo fundamental para impulsar la seguridad alimentaria, la salud, el empleo y el bienestar. El análisis identifica formas de innovar en los sistemas agroalimentarios, el turismo sostenible, los patrones de consumo y producción sostenibles, incluida la economía circular, los mecanismos financieros o las políticas públicas, entre otros temas.

Enfrentando las desigualdades

41. Expresaron su preocupación por el aumento exponencial de la pobreza y la pobreza extrema, y por los millones de personas en Iberoamérica que han perdido sus empleos y sus medios de subsistencia, provocando un retroceso en los avances de la primera década y media de este siglo en materia de crecimiento económico, en la lucha contra el hambre y la desigualdad, en el acceso a la justicia, la educación y la salud, entre otros ámbitos.
42. Manifestaron la necesidad de enfrentar la aceleración de la precarización del empleo, el aumento del trabajo informal, la profundización de la desigualdad laboral, incluyendo la salarial y retributiva entre hombres y mujeres, la concentración del desempleo en los sectores menos privilegiados de la fuerza laboral, el incremento de la brecha entre los trabajos manuales y digitales, la desigualdad en el reparto del trabajo de cuidados no remunerado que enfrentan las mujeres, el trabajo infantil, la mendicidad, en muchos casos vinculados a personas en situación de movilidad humana, la dificultad de acceso a oportunidades laborales para las personas con discapacidad y la falta de respuestas competitivas ante el aumento de la automatización en las cadenas de valor.
43. Celebraron el X Aniversario de la entrada en vigor del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en mayo de 2021, que impulsado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social y vigente en 12 países iberoamericanos, ha favorecido a más de 87000 trabajadoras/es migrantes y sus familias.
44. Coincidieron en la oportunidad de redefinir la relación del Estado con los actores sociales y económicos para acordar cómo y dónde distribuyen sus recursos para la recuperación económica, conseguir nuevas fuentes de financiamiento y poner las bases de un sistema más sostenible y respetuoso con el medio ambiente, sin obstáculos al desarrollo económico de los países y a la cooperación internacional. En este contexto, la transparencia, la rendición de cuentas, la concertación política y la participación ciudadana son fundamentales para lograr la recuperación económica y social y fortalecer la confianza en nuestras instituciones.
45. Consideraron que la recuperación económica requiere un sector empresarial que promueva la transición, en función de sus capacidades, hacia modelos de producción y consumo sostenibles e incluyentes como, entre otros, la economía circular, bajos en emisiones de gases de efecto invernadero y altamente competitivos. La recuperación necesita también el desarrollo de herramientas de innovación y soluciones empresariales que faciliten el comercio, la internacionalización y la digitalización de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), que ayuden a generar empleo y tengan un impacto económico, social y medioambiental sostenible.

46. Remarcaron la importancia de impulsar políticas de apoyo y acompañamiento de las MIPYMES, unidad productiva que representa al 97% del total de las empresas iberoamericanas, como el colectivo más afectado por la crisis, y promover su transformación digital para acortar las brechas de productividad y mejorar su competitividad, con políticas activas desde los gobiernos que alienten el acceso a financiamiento, asistencia técnica y formación, y a su incorporación en las cadenas nacionales, regionales y globales de valor.
47. Destacaron la importancia de fomentar la innovación abierta con perfil productivo en Iberoamérica, para vincular a las grandes empresas entre sí y con las MIPYMES, interconectar ecosistemas emprendedores, alentar el comercio, fomentar las alianzas y compartir buenas prácticas para lograr el desarrollo sostenible.

El impacto diferenciado sobre las mujeres

48. Destacaron que la igualdad de género y la violencia contra la mujer en todas sus formas siguen siendo dos de los mayores desafíos de Iberoamérica, para lo que se requiere potenciar políticas públicas, aumentar recursos y garantizar la participación significativa, el liderazgo y la autonomía de las mujeres, en toda su diversidad, en la respuesta a la pandemia y en el proceso de recuperación económica y social de nuestras sociedades. Expusieron, asimismo, la necesidad de visibilizar el impacto que los cierres de emergencia han tenido en los países, resultando en un aumento desproporcionado del trabajo doméstico y de cuidados no remunerados realizados por mujeres y niñas.
49. Reconocieron el impacto diferenciado y desproporcionado de las crisis sanitarias y socioeconómicas sobre las mujeres, que incrementa las barreras para el pleno disfrute de sus derechos humanos, profundiza las brechas de desigualdad y aumenta el riesgo de sufrir violencia por motivos de género, especialmente en el ámbito doméstico. En este sentido, aprobaron la **Iniciativa Iberoamericana para Prevenir y Eliminar la violencia contra las mujeres**, que buscará fortalecer las respuestas nacionales para combatir y erradicar todas las formas y tipos de violencia contra las mujeres como requisito indispensable para el logro de la igualdad de género y el desarrollo sostenible en Iberoamérica.
50. Saludaron los esfuerzos realizados por la SEGIB y ONU Mujeres para promover una participación plena de las mujeres en la economía y en la recuperación económica en Iberoamérica, incluyendo la adopción de leyes y marcos regulatorios que garanticen la autonomía de las mujeres. Respaldaron, asimismo, la Coalición Iberoamericana para el Empoderamiento Económico de las Mujeres, con el objetivo de sumar esfuerzos en torno a la Coalición de Acción de Justicia y Derechos Económicos del Foro Generación Igualdad que se impulsa en el marco de la conmemoración de Beijing +25.
51. Apoyaron los esfuerzos multilaterales, la eficacia de la cooperación y el impacto de las acciones interinstitucionales, para promover el liderazgo y la participación igualitaria de las mujeres en todos los niveles de la toma de decisiones, particularmente en el ámbito local, para dar respuestas más inclusivas, plurales y representativas en la mitigación de la crisis y la consecución de los ODS.

Colectivos en situación de vulnerabilidad

52. Reiteraron el compromiso con el respeto por los derechos humanos de las personas migrantes, cualquiera que sea su condición migratoria, personas refugiadas y solicitantes de asilo, expuestos a situaciones de mayor vulnerabilidad, particularmente mujeres, así como niños, niñas y adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad, para que tengan acceso universal y equitativo a la atención médica y a la prevención y respuesta en emergencias sanitarias como la actual, y garantizaron la implementación de políticas que permitan acoger, proteger, promover e integrar a las comunidades migrantes.
53. Reafirmaron los principios establecidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su protocolo facultativo, abogando por la construcción de sociedades más inclusivas, en las que las personas con discapacidad y sus necesidades específicas sean tomadas en consideración, se respete su dignidad, autonomía e independencia y estén presentes de forma transversal en todas las políticas públicas, considerando que la accesibilidad es un pilar fundamental para el ejercicio de sus derechos.
54. Reconocieron los trabajos realizados por el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC) sobre la evolución de la pandemia del COVID-19 y su impacto en los pueblos indígenas y las comunidades locales, destacando las buenas prácticas que desarrollan ante la pandemia, y reiteraron el compromiso de acordar las medidas de prevención, atención, mitigación sanitaria y recuperación económica, con pleno respeto a su entorno cultural.
55. Destacaron también la contribución de la medicina tradicional de los pueblos indígenas en la respuesta a la enfermedad causada por el COVID-19.
56. Reafirmaron el compromiso de los Estados de la Conferencia Iberoamericana con la adopción de medidas nacionales para enfrentar el flagelo del racismo, de la discriminación racial, de la xenofobia y de las distintas manifestaciones de intolerancia, acentuadas por la crisis sanitaria.

Ciencia, tecnología e innovación

57. Afirmaron que el conocimiento científico y tecnológico debe tener un papel central en las políticas. La pandemia ha demostrado la necesidad de fortalecer los sistemas nacionales de ciencia, tecnología e innovación, asegurando la inversión en Innovación y Desarrollo (I&D), impulsando la cooperación entre ellos y la transferencia de conocimiento y tecnologías innovadoras hacia los países en desarrollo.
58. Saludaron la aprobación de la **Estrategia Iberoamericana de Innovación**, que permitirá promover, a través de la ciencia, la tecnología y la innovación, la recuperación socioeconómica y el alcance de las metas previstas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.
59. Agradecieron la realización de la Reunión extraordinaria de Alto Nivel sobre "Ciencia, Tecnología e Innovación contra la crisis del COVID-19", donde se decidió instar a la SEGIB a establecer un mecanismo de conocimiento compartido de las principales líneas de actuación que los países iberoamericanos están emprendiendo para combatir la pandemia del COVID-19 y sus efectos sanitarios, económicos y sociales.

60. Instaron a la SEGIB a promover la creación del Observatorio Epidemiológico Iberoamericano, como un mecanismo de coordinación y fortalecimiento de las redes y capacidades epidemiológicas existentes, convocando a los actores relevantes en la materia, particularmente a las redes de salud iberoamericanas, a los organismos nacionales de ciencia y tecnología, a la Red Iberoamericana de Supercomputación, al Programa CYTED y a los Programas, Proyectos e Iniciativas de Cooperación Iberoamericanas, vinculados a la temática.

El impacto sobre la educación, la cultura y el turismo

61. Consideraron que la pandemia ha afectado fuertemente a los sistemas educativos, que se han visto obligados a cerrar centros y unidades, y a procurar la continuidad de la educación mediante la enseñanza y el aprendizaje a distancia, tratando de llegar al máximo número posible de estudiantes y mitigar la deserción escolar. La reapertura de los centros educativos sigue siendo un reto ante la compleja situación sanitaria que seguimos atravesando.
62. Afirmaron que todo el alumnado debe poder beneficiarse del gran potencial inclusivo y compensador de la educación virtual, disminuyendo las brechas sociales acumuladas como la falta de electricidad o el acceso a internet, facilitando la conectividad, los medios y las herramientas necesarias y fortaleciendo políticas públicas afirmativas de educación, con enfoque diferenciado, teniendo en cuenta, entre otras, las especificidades culturales y patrimoniales de la población rural, afrodescendiente y pueblos indígenas.
63. Respaldaron los trabajos para la formulación e implementación de la propuesta de **Estrategia Iberoamericana para la Transformación Digital de la Educación Superior**, acordada en La Habana en febrero de 2020, así como la promoción, en ese marco, de líneas de acción dirigidas a aquellos aspectos que se han revelado como estratégicos en la respuesta académica a la crisis del COVID-19. Para ello, es importante abogar por el aseguramiento y uso libre de los recursos financieros para la educación universitaria previstos por cada uno de los Estados.
64. Destacaron la convocatoria por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) de la Conferencia Mundial de Educación Superior, en Barcelona (España), así como la importancia de promover la participación de nuestros gobiernos, Universidades e Instituciones de Educación Superior, solicitando a la SEGIB y al Consejo Universitario Iberoamericano (CUIB), que apoyen la participación de la Comunidad Iberoamericana y su acervo universitario.
65. Sostuvieron que la recuperación económica y social posterior a la pandemia ofrece una oportunidad para acelerar las reformas en educación y formación profesional y técnico-profesional, especialmente en competencias digitales y fortalecer su resiliencia, mediante actuaciones que permitan una adaptación más ágil a los cambios y a las necesidades del mercado laboral.
66. Saludaron los debates encaminados a la puesta en marcha del Plan 3.0 promovido por el Organismo Internacional de Juventud para Iberoamérica (OIJ) en el período 2021-2024 como base para que cada país seleccione los elementos aplicables en función de las prioridades de los países, que puedan contribuir a la recuperación postpandemia, la transformación digital de los servicios públicos de juventud y al empoderamiento de las personas jóvenes en la formación y manejo de competencias digitales, en particular en el marco del proceso y de la aplicación por las partes del Tratado Internacional de Derechos de las Personas Jóvenes.

67. Saludaron la firma, en el marco de esta Cumbre Iberoamericana de Andorra, del **Convenio Marco para el Impulso de la Circulación del Talento en el Espacio Iberoamericano**, suscrito por aquellos de nuestros países que voluntariamente han decidido vincularse con él.
68. Reconocieron con preocupación los efectos devastadores que la pandemia ha provocado en las industrias culturales y creativas, así como en otras expresiones culturales de arraigo comunitario. Valoraron las acciones de los países enmarcadas en la Agenda Digital Cultural para Iberoamérica como otro medio para mantener la producción, circulación e internacionalización de las diversas manifestaciones artísticas y culturales.
69. Destacaron la formulación de la **Estrategia Iberoamericana de Cultura y Desarrollo Sostenible**, realizada por la SEGIB con el apoyo de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), que promueve acciones conjuntas y concretas en Iberoamérica para el fortalecimiento de la diversidad cultural y su conocimiento tradicional asociado a la naturaleza, el patrimonio y las industrias creativas y culturales.
70. Se comprometieron a impulsar iniciativas de promoción del bilingüismo en el marco de la Conferencia Iberoamericana, mediante el apoyo de actividades que sirvan para profundizar la cooperación entre agentes e instituciones involucradas en la enseñanza y difusión de las lenguas española y portuguesa.
71. Reconocieron el turismo sostenible como motor de desarrollo local, cultural y medioambiental de las poblaciones de Iberoamérica, situándolo como prioridad en las agendas políticas y los planes estratégicos o programas en materia de turismo.
72. Sostuvieron que el COVID-19 tiene un impacto catastrófico sobre el turismo, por lo que, en coordinación con los organismos internacionales especializados, se hace imprescindible diseñar y articular modelos y sistemas innovadores que permitan avanzar hacia un nuevo paradigma del sector en el marco de las **Líneas Estratégicas sobre Turismo y Desarrollo Sostenible en Iberoamérica**.

La XXVII Cumbre Iberoamericana recibió con especial interés la Memoria presentada por el *Grupo de Trabajo Iberoamericano para la Recuperación Socio Económica en el Marco del COVID*, que ha coordinado Ecuador con el apoyo de otros países iberoamericanos.

Saludó la conmemoración del Bicentenario de la Independencia de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, México, el Perú y Venezuela (Batalla de Carabobo) durante el año 2021.

Expresó su satisfacción por la incorporación de Hungría, Luxemburgo y Alemania como Observadores Asociados y de ONU Mujeres como Observador Consultivo de la Conferencia Iberoamericana, acordada por los países iberoamericanos.

Agradeció y aprobó el ofrecimiento de la República Dominicana para acoger la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en el 2022 y hacerse cargo de la Secretaría Pro Tempore de la Conferencia Iberoamericana en el bienio 2021-2022.

Agradeció a la Secretaría General Iberoamericana, y muy particularmente a la Secretaria General Rebeca Grynspan, por la dedicación y el liderazgo con que ha logrado en este último año mantener activo el espacio iberoamericano como plataforma de discusión y de búsqueda

de alternativas innovadoras que contribuyan a la recuperación y a crear espacios de participación en todas las esferas de discusión internacional sobre la crisis del COVID-19.

Por último, expresó su gratitud al Gobierno, al Pueblo y la Secretaría Pro Tempore de Andorra por haber liderado el proceso de adaptación de nuestra acción, impulsándola en uno de los momentos más difíciles por los que ha atravesado nuestra Comunidad iberoamericana.

Revistas Electrónica Iberoamericana

(REIB)